

La efectividad del proceso de contratación pública en Colombia y Perú. Revisión caso
Odebrecht.



Diego Fernando Canchón Espinosa Código 201723038201

Erika Mayerli Beltrán Martínez Código 201723039201

Juan Sebastián Aránzazu Pérez Código 201723041201

Fundación Universitaria Los Libertadores

Facultad de Ciencias Económicas Administrativas y Contables

Trabajo de Grado

Bogotá D.C.

2020

La efectividad del proceso de contratación pública en Colombia y Perú. Revisión caso
Odebrecht.



Diego Fernando Canchón Espinosa

Erika Mayerli Beltrán Martínez

Juan Sebastián Aránzazu Pérez

Proyecto de Grado

Para obtener el título de Contador Público

Directora

Blanca Lyda Bogota Galarza

Fundación Universitaria Los Libertadores

Facultad de Ciencias Económicas Administrativas y Contables

Bogotá D.C.

Contenido

1. Introducción	3
2. Planteamiento del problema	7
3. Justificación	8
4. Objetivos	10
4.1 Objetivo general	10
4.2 Objetivos específicos	10
5. Marco teórico	11
5.1 Teorías de corrupción	11
5.1.1 Servidor Público	11
5.1.2 Definición de Corrupción	12
5.2 Antecedentes caso Odebrecht	14
5.2.1 Orígenes	14
5.2.2 Casos de corrupción	15
6. Metodología	18
6.1.1 Tipo de Investigación	18
6.1.2 Método de Investigación	18
6.1.3 Fuentes de Recolección de la Investigación	18
6.1.4 Pasos Procedimentales para la Investigación	18
7. Resultados	19
7.1 Desarrollo objetivo 1	19
7.1.1 Delegación de la actividad contractual	21
7.1.2 Etapas y Fases de la Gestión Contractual	22
7.1.3 Precontractual	23
7.1.3.1 Métodos de Selección	24
7.1.3.2 Licitación Pública	24
7.1.3.3 Selección Abreviada	25
7.1.3.4 Concurso de Méritos	26
7.1.3.5 Contratación Directa	26
7.1.3.6 Contratación de Mínimas Cuantías	27
7.1.4 Contractual	28
7.1.4.1 Designación de supervisión y responsabilidades	28

7.1.5	Poscontractual	30
7.1.5.1	Liquidación Bilateral	32
7.1.5.2	Liquidación Unilateral	32
7.1.6	Fase de Programación y Actos Preparatorios	34
7.1.7	Fase de Selección	35
7.1.7.1	Licitación Pública y Concurso Público	36
7.1.7.2	Adjudicación simplificada	37
7.1.7.3	Selección de consultores individuales	37
7.1.7.4	Subasta Inversa Electrónica	38
7.1.7.5	Contrataciones directas	39
7.1.7.6	Métodos especiales de contratación	41
7.1.7.7	Posibles situaciones en los procesos de selección	42
7.1.8	Fase de Ejecución Contractual	44
7.1.9	Análisis objetivo de la eficiencia en los procedimientos de contratación en los países Colombia y Perú	49
7.2	Desarrollo objetivo 2	52
7.2.1	Principios aplicados en la Contratación Pública	52
7.2.2	Derechos y deberes de las entidades estatales y demás entidades relacionadas con el contrato	58
7.2.3	Importancia de las Etapas y Fases de la gestión contractual	62
7.3	Desarrollo objetivo 3	64
7.3.1	Errores normativos en el caso de Odebrecht	64
7.3.2	Contratos celebrados por Odebrecht	67
8.	Conclusiones	74
9.	Referencias	77

1. Introducción

Para tener claridad sobre los procedimientos establecidos legalmente en la contratación con entidades del estado, debemos conocer la relación de los aspectos, conceptos e individuos que intervienen en la celebración de un contrato estatal.

Teniendo en cuenta que un contrato estatal, es un acuerdo entre dos o más individuos, el cual crea obligaciones y responsabilidades entre las partes previstas en las normas de autoridad pública, con el fin de solventar una necesidad social, fomentar el desarrollo, garantizar efectividad en los fines esenciales del Estado consagrados en la constitución política (Artículo 2, Colombia y Título III Artículo del 58 al 65, Perú), brindar participación toma de decisiones que afectan a la sociedad y asegurar una convivencia pacífica y de orden justo.

De acuerdo con los aspectos básicos mencionados anteriormente, se busca comparar la efectividad de las políticas del estado colombiano y peruano en los procedimientos de la contratación pública, los elementos jurídicos y conceptos generales estudiados desde el marco de la contratación durante sus procesos precontractual, contractual y poscontractual esto para Colombia y Fase de programación y actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución contractual para el Perú.

Para ello la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de la Contratación Pública), Ley 30225 de 2014 (Ley de Contrataciones del Estado) y la Constitución Política que en sus principios y normas desarrolla la reforma al Estatuto de Contratación en Colombia y Perú respectivamente, las cuales sirven de base para entender, concebir y proyectar, desde lo jurídico, el proceso de contratación en cualquiera de sus modalidades.

La Ley 1150 de 2007 modificada por el artículo 94 de la Ley 1474 de 2011, indica que las entidades del estado tienen la obligación de seleccionar a un contratista por medio de las siguientes modalidades:

- Licitación Pública
- Selección Abreviada
- Concurso de Méritos
- Contratación Directa
- Mínima Cuantía

Teniendo en cuenta los principios de contratación establecidos en la Ley 80 de 1993 y de la función pública de conformidad de los postulados que se rigen bajo el artículo 209 de la Constitución Política están presentes la economía, transparencia y responsabilidad.

En cuanto a Perú la Ley de contrataciones del Estado (Ley 30225 de 2014), relaciona las modalidades de contratación por la cual el estado puede contratar la prestación de un servicio o la compra de un bien, teniendo como base los principios de contratación establecidos en la Ley 30225 de 2014 como lo son Igualdad de trato, Eficacia y Eficiencia y Transparencia.

- Licitación Pública y Concurso Publico
- Adjudicación simplificada
- Selección de consultores individuales
- Subasta inversa electrónica
- Contratación Directa
- Métodos especiales de contratación

De acuerdo con los mecanismos mencionados anteriormente, se busca mantener el equilibrio financiero del contrato estatal, que radica en el interés público y en los principios de los mismos, que orienta la administración de la contratación, por lo cual, debe inspeccionarse sus generalidades en el aspecto financiero, con relación en las situaciones coyunturales específicas y puede que dichas situaciones afecten varios aspectos del contrato estatal por las decisiones de los procesos de administración y no del contratista.

Para el análisis se tendrán en cuenta los principios que deberían ser aplicados durante las etapas y fases¹, las cuales en la contratación pública son de trascendental importancia y de obligatoriedad en dichos procesos, para conocer la factibilidad, costos de cada uno de los procedimientos, cómo ejecutarse el contrato y todo aquello que ayude a tener una vista amplia del objeto a contratar, para así mismo hacer una planeación que lleve a cabo dicho contrato con gran efectividad.

Cabe mencionar que se realizará una serie de análisis y comparaciones entre la normatividad que rige la contratación en cada país, con el fin de evidenciar si existió una selección objetiva del contratista durante cada etapa para la adjudicación del contrato.

Un caso que tuvo mucha influencia en el medio y que generó demasiados escándalos de corrupción por la indebida ejecución de los procedimientos y principios establecidos en las normas anteriormente citadas, tanto en Colombia como en Perú, fue el escándalo de Odebrecht, un conglomerado de empresas brasileñas que desarrolla sus actividades en el campo de la ingeniería, construcción de infraestructura urbana,

¹ En cada una de la normatividad que rige dichos procesos de contratación es puntual al momento de nombrar los procedimientos de contratación, que para Colombia son ETAPAS y para el Perú se denominan FASES.

manufactura de productos químicos y petroquímicos fundada por el Sr. Norberto Odebrecht, la cual hizo pagos millonarios a senadores, ex presidentes, personas naturales y jurídicas a título de sobornos para que le fueran adjudicados importantes contratos por medio de una ***“División de operaciones estructuradas”***.

Con los resultados de esta investigación, se busca determinar la filtración y acomodación en los procedimientos, así como la omisión de procesos que atentan contra las buenas prácticas de contratación pública en cada país, generando el riesgo latente de corrupción dentro del proceso de contratación, con el fin de generar sensibilización y alternativas dentro de la articulación del Estado y la sociedad civil que ayuden a prevenir y erradicar de manera definitiva este fenómeno.

Finalmente, la estructura del trabajo se caracteriza por desarrollarse cada uno de los objetivos específicos planteados, iniciando por la comparación de las etapas y fases de cada país y los respectivos procedimientos de cada uno de estos. Posteriormente, se habla de la importancia en cada una de esas etapas y fases y, por último, se nombran algunos contratos celebrados con la multinacional brasileña Odebrecht donde hubo casos de corrupción en cada país.

2. Planteamiento del problema

En Colombia se realizan contratos estatales bajo varias modalidades de contratación pública, donde se realiza un proceso de selección rigiéndose por la Ley 80 de 1993 (Estatuto general de contratación) y normas complementarias, para llevar una adecuada elección del contratista, ejecución de la obra y entrega de la misma. No obstante, se ha evidenciado que durante estos procedimientos se generan una serie de alteraciones en cualquiera de las etapas de la contratación (Precontractual, Contractual y Poscontractual), provocando actividades ilegales donde hay pérdidas de dinero significantes para el estado colombiano.

Ahora bien, en Perú manejan un sistema de contratación pública regido bajo la Ley 30225 del 2014 (Ley de contrataciones del Estado) aprobada por el decreto supremo 082-2019-EF, donde se evidencian tres (3) fases al momento de la contratación (Fase de programación y actos preparatorios, fase de selección y fase de ejecución contractual) similares a la contratación pública del estado colombiano.

A raíz de estos procedimientos y con el caso en mención, se necesita saber qué tan efectiva es la ley colombiana frente a otro país latinoamericano con el fin de saber si es necesario replantear una reforma a las leyes que rigen la contratación pública, o si por el contrario, tiene todo lo que se necesita para evitar la desviación de recurso públicos, ya que esta es realmente la problemática en muchos países “ el manejo de los recursos públicos”, cómo se administran y direccionan dichos recursos para suplir las necesidades de la población.

3. Justificación

La percepción que tienen los colombianos sobre la corrupción en el sector público está incrementando a pasos agigantados, esto lo ratifica el IPC del año 2018 de transparencia internacional; entidad que recalca la reciente caída del puesto 96 al 99 entre los 180 países más corruptos del mundo sobre los que recae esta medición y un puntaje de 36 sobre 100 (Índice de Percepción de la Corrupción 2018 - Transparencia por Colombia, s.f.). Por otro lado, Perú se encuentra en el puesto 105 con un puntaje de 35.

Con estos datos se puede inferir que los dos países sostienen un puntaje similar, sin embargo, Perú se posiciona 6 puestos delante de Colombia lo que podría significar que sus estatutos y procedimientos, así como su aplicación podrían ser menos eficaces que los colombianos. Dicho índice de percepción de la corrupción se realizó “a partir de 13 tipos de encuestas diferentes a empresarios y evaluaciones realizadas por expertos, el índice asigna sus puntuaciones de acuerdo con una escala de 0 (corrupción elevada) a 100 (transparencia elevada)” (Transparency International, 2018, p.4).

Por ello, se quiere sustentar y argumentar la efectividad de la Ley 80 de 1993 sobre los procedimientos ejecutados actualmente en la contratación pública, los cuales evidentemente presentan deficiencias y nos posiciona mundialmente como uno de los países más corruptos.

De acuerdo a lo anterior y buscando subsanar estas deficiencias, es necesario identificar si existen vacíos normativos o si por el contrario tiene que ver el alcance de los funcionarios públicos en la potestad para contratar. En otros casos, posiblemente sea la estructura de los procedimientos fijados en la Ley 80 y todas las normas complementarias a esta, puesto a que no serían lo suficientemente estrictos. Todo esto buscaría argumentar la

deficiencia en los controles y en la aplicación de dicha Ley frente a otra normatividad e informar las posibles causas que permiten que se evada y eluda la debida consecución de la compra pública.

Se pretende exponer la importancia que tiene el buen uso del tesoro público para el desarrollo de una economía y sociedad, las innumerables pérdidas estatales y el impacto que tiene el malgasto, derroche o desviación de los recursos públicos en el país y cómo ello podría estar beneficiando al pueblo colombiano de utilizarse correctamente.

Este proyecto de investigación se realiza para comprender los procesos de contratación pública de Colombia frente a los de Perú, comparando cada uno de ellos y analizando la efectividad que tienen.

La contratación ha sido un medio práctico para la malversación de los recursos públicos con el fin de beneficiar a un tercero en concreto, un ejemplo clave son los contratos celebrados con Odebrecht que tuvo presencia tanto en Colombia como en Perú, en situaciones relacionadas con corrupción en las contrataciones públicas; el cual servirá de base para realizar el análisis de cada situación, dando como resultado la comparación entre la normatividad vigente entre la Ley 80 de 1993 (Colombia) y la Ley 30225 aprobada mediante decreto supremo 082-2019-EF (Perú).

4. Objetivos

4.1 Objetivo general

Elaborar un estudio comparativo entre la legislación colombiana y peruana que reglamenta, controla, revisa y audita los procedimientos de contratación pública para una adecuada selección de un contratista, el cual ejecute conformemente lo establecido en el contrato y cubra las necesidades de la entidad estatal, con base en el escándalo de corrupción en la contratación de servicios por parte del estado con la empresa brasileña Odebrecht.

4.2 Objetivos específicos

- Comparar la aplicación de procedimientos para la adjudicación de contratos estatales establecidos en las generalidades de la Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias en Colombia frente a la Ley 30225 de 2014 del Perú.
- Describir la importancia que tiene la debida ejecución de los procedimientos establecidos en las leyes, que fundamentan cada una de las etapas y fases de la contratación pública, las cuales dan como resultado el cumplimiento por parte de la entidad estatal de una necesidad generada por la comunidad.
- Argumentar los posibles errores normativos, las cuales han servido de apoyo para cometer fraudes o ejecutar de manera incorrecta la selección y adjudicación de los contratos estatales como el Caso Odebrecht, el cual tuvo gran impacto en la tesorería colombiana y peruana.

5. Marco teórico

5.1 Teorías de corrupción

Para dar comienzo a las teorías de corrupción, es de vital importancia saber el significado del principal intermediario en todo proceso de contratación estatal y del cual se desprende en su gran mayoría los casos de corrupción que para los países en mención es denominado “Servidor Público”.

5.1.1 Servidor Público

Servidor Público hace referencia a aquellas personas que están para servir al pueblo a nombre del Estado, con el fin de dar cumplimiento o desarrollo de los objetivos públicos y de las necesidades de la nación.

En la Constitución política de Colombia la definición de servidor público se encuentra estipulada en el artículo 123.

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (Constitucion Politica de Colombia 1991 Preambulo El Pueblo de Colombia, 1991, p.25).

En el Estatuto General de Contratación pública (Ley 80 de 1993), artículo 2, numeral 2º define servidores públicos de la siguiente manera:

Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas (Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación), 1993, parr.7).

En cuanto a Perú, la definición de servidor público se encuentra en el Artículo 39 de la Constitución Política.

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están en el servicio de la Nación. El presidente de la Republica tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al congreso, ministros de estado, miembros del tribunal constitucional y del consejo de la magistratura, los magistrados supremos, el fiscal de la nación y el defensor del pueblo, en igual categoría y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo con la ley. (Constitución Política de Peru 1993, 2003, p.15).

5.1.2 Definición de Corrupción

La corrupción consiste en el [...] abuso de posiciones de poder o de confianza, para el beneficio particular en detrimento del interés colectivo, realizado a través de ofrecer o solicitar, entregar o recibir bienes o dinero en especie, en servicios o

beneficios, a cambio de acciones, decisiones u omisiones [...] (¿Qué es corrupción?, s.f., Transparencia por Colombia, párr. 1).

Se debe agregar que, corrupción hace referencia a perturbar los valores y principios de una persona, con el objetivo de conseguir un beneficio en específico.

Corrupción en el ámbito de contratación pública, se puede referir a la malversación de recursos por medio de sobre costos, detrimento patrimonial, incumplimiento en los principios constitucionales de los servidores públicos y los principios del provenir en el proceso de contratación pública en la celebración de un contrato Estatal. Esta misma conceptualización aplica para el Perú.

La corrupción en contratación estatal para Martínez y Ramírez (2006) es:

Un flagelo que está presente en todos los países afectando la estabilidad de sus sistemas políticos y de sus instituciones, lesionando sus economías y la moral de sus sociedades, haciéndose cada vez más necesario, contar con análisis que permitan un mejor entendimiento del fenómeno para formular estrategias integrales enfocadas a su erradicación. (Martínez & Ramírez, 2006, p.149).

En relación con lo anterior, se dice que la corrupción siempre estará presente en todos los países afectando la sociedad moral y económicamente, obteniendo como resultado que en todo momento se propongan estrategias para mitigar dicho problema; que radica en los sistemas político y normativo de cada país.

Ahora bien, Vásquez y Montoya (2011) tienen un concepto más amplio y variable del significado de corrupción utilizado por las instituciones públicas y privadas; que se

basan dependiendo en el contexto y conceptos dentro de las cuales se desenvuelve el respectivo uso del término:

Decir corrupción, sin más apelativos o aclaraciones, equivale a usar un designador o un símbolo eficaz al integrar significados de disvalor en diferentes campos. Por sí misma la corrupción significa poco, pero cualificada o remitida a cada uno de aquellos campos puede significar muchas cosas, entre otras: ilicitud, pecado, inobservancia, irracionalidad, ineptitud, inmoralidad, maldad o incorrección (Vásquez Cárdenas & Montoya Brand, 2011, p.29).

5.2 Antecedentes caso Odebrecht

5.2.1 Orígenes

La multinacional fue fundada por una familia alemana que emigro a Brasil en 1856 y creo su primera empresa (Isaac Gondim e Odebrecht Ltda), luego en 1923 crea (Emilio Odebrecht S.A.) e inicio obras al nordeste de Brasil. “Durante la segunda guerra mundial Norberto Odebrecht, toma el mando de la organización a raíz de la crisis financiera de 1944, por el aumento de los costos en los materiales e insumos para la construcción” (Durand, 2018, p.11), a partir de este año entre 1953 y 1981 se crea un conglomerado de empresas las cuales son: Fundación de Petrobras en Bahía, Constructora Norberto Odebrecht, Fundación Odebrecht, Electrobras, Holding Odebrecht.

Este conglomerado de empresas se dedica al sector de la construcción especialmente de infraestructuras, que a través de los años fue creciendo hasta crear el grupo económico más grande de Latinoamérica según el gobierno estadounidense.

Su primera obra a nivel internacional fue en 1979 “Odebrecht se internacionaliza y realiza su primera obra fuera del Brasil en el Perú, con el proyecto hidroeléctrico Charcani V. Perú y Brasil firman el Tratado de Cooperación Amazónica.” (Durand, 2018, p.12). A partir de este, se crea Holding Odebrecht expandiéndose hacia Sudamérica y entran a Angola junto con Petrobras. Cabe mencionar que, “Actualmente tiene presencia en 25 países, incluido Brasil y exporta sus productos y servicios a 98 países. Como holding tiene diversas actividades económicas, entre las cuales se encuentran: ingeniería, construcción, infraestructura, energía, productos químicos, servicios públicos e inmobiliario” (Historia | Odebrecht, s.f.).

5.2.2 Casos de corrupción

En 1981 se dio el primer caso de corrupción por parte de la multinacional en Brasil, dicho escandalo se denominó Anões do Orçamento. “Emilio Odebrecht conoce al sindicalista Lula² luego de una huelga y establece relación en 2002. Para cada licitación, políticos y funcionarios recibían sobornos.” (Durand, 2018, p.12). No solo establecieron relaciones sino también cuando Lula gana la presidencia, pacta con los empresarios, beneficios especiales para Odebrecht y otras constructoras y grupos, llamado “Programa Brasil grande”. Esta es la época esplendorosa del grupo Odebrecht.

Según los documentos publicados por el departamento de justicia de los Estados Unidos entre 2001 y 2016 la multinacional brasileña, suministro de manera corrupta coimas y sobornos a funcionarios públicos, políticos nacionales y extranjeros para obtener diferentes contratos estatales alrededor del mundo. A raíz de los sobornos y coimas

² Lula Da Silva es un político brasileño, fue presidente de la República Federativa del Brasil entre el 1° de enero del 2003 y el 31 de diciembre del 2010. Estuvo involucrado en caso de corrupción de Petrobras.

realizadas por Odebrecht en 2006 crearon el DEO (Departamento de Estructuras Organizadas), la cual manejaba y estructuraba dichos pagos no reportados en contabilidad y en los rubros presupuestarios de la entidad a sus cómplices.

De acuerdo con estos documentos, para desarrollar el plan de soborno, Odebrecht y sus conspiradores crearon, financiaron y elaboraron una estructura financiera secreta que operaba para contabilizar y desembolsar los sobornos a los diferentes entes mencionados. Alrededor de 2006, esta estructura evolucionó y se estableció la División de Operaciones Estructuradas, la cual era una división independiente dentro de la organización. Esta División utilizaba dos sistemas informáticos para realizar sus operaciones: el sistema “MyWebDay”³, con el cual realizaban las transacciones para pagos y contabilizaban el presupuesto oculto y el sistema de comunicaciones “Drousys”⁴, que permitía a los miembros comunicarse entre sí y con operadores financieros externos y otros conspiradores sobre los sobornos, a través del uso de correos electrónicos seguros y mensajes instantáneos, utilizando nombres codificados y contraseñas. (Castaño, 2018, p.15).

Cabe resaltar que, muchos de estos movimientos se hacían a través de entidades offshore y cuentas bancarias en todo el mundo, donde muchas de estas cuentas las abrían en países donde la información que manejan los bancos son secretos de estado y de difícil acceso a los datos. Adicionalmente se manipulo la contabilidad y

³ “El programa se creó en el 2006 a pedido del jefe de la división de sobornos de la constructora brasileña. Sus trabajadores intentaron destruir su contenido cuando cayó Marcelo Odebrecht” (Cruz, 2018, párr. 1). Era un software corporativo que crearon específicamente para “solicitar, procesar, pagar y controlar todas las operaciones.

⁴ Este sistema consistía para discutir, coordinar y arreglar el pago de los sobornos. “En él, detallaban quien recibió el dinero por apodo, el monto, proyecto y la “Offshore” por el cual se hace la transacción” (La hora, 2017, párr. 1).

los medios de comunicación entre la sociedad para que no todos estuvieran al tanto de la situación; fue tanta la manipulación del sistema que pudieron realizar la misma modalidad en todos los países en donde tuvo presencia.

Se debe agregar que, el caso de corrupción por el cual se dio una investigación más rigurosa en el Brasil fue el caso de “Lava Jato” en 2014.

Empiezan las investigaciones del escándalo Lava Jato en Petrobras, el socio estratégico de Odebrecht, por sospechas de sobornos para ganar licitaciones del cártel de «las cuatro hermanas». Odebrecht trabajaba con el doleiro (cambista) Alberto Youssef, dueño de la empresa Lava Jato de lavado de carros. (Durand, 2018, p.13).

A causa de este caso, se inició una investigación en cada contrato estatal celebrado por la multinacional en los diferentes países donde tuvo presencia y en las empresas donde tuviese participación accionaria, fue así como se descubrió el mono operandi de la multinacional y todos los terceros implicados en el mismo.

6. Metodología

6.1.1 Tipo de Investigación

Esta investigación es de tipo socio-jurídico pues pretende de manera descriptiva, analizar, comparar y contextualizar la problemática que existe actualmente con la corrupción durante el procedimiento de Contratación Pública, para esto se debe recolectar información acerca de leyes, decretos, resoluciones y normatividad que rige la Contratación para cada uno de los países en mención; para finalmente poder enlazar con conceptos jurídicos en el estudio de caso.

6.1.2 Método de Investigación

Esta investigación se enmarca en un método descriptivo y cualitativo con base en estudio de caso, en donde se observa y analiza un fenómeno; en este caso de manera general para llegar a lo particular, estableciendo los elementos del objeto de estudio.

6.1.3 Fuentes de Recolección de la Investigación

Las fuentes de recolección de esta investigación han sido fuentes secundarias pues es información proveniente de interpretación de leyes, artículos de prensa y entidades que han generado varias descripciones entre causas, consecuencias, características del problema investigado, y la misma normatividad colombiana y peruana que ha determinado los procedimientos establecidos.

6.1.4 Pasos Procedimentales para la Investigación

Pasos procedimentales para la investigación bibliográfica y documental IBD

Según Manuel Luis Rodríguez los pasos procedimentales para la investigación bibliográfica y documental IBD se deben desarrollar en tres fases, las cuales deben ser en

primer lugar en función del objeto, con una clasificación hecha en función de los criterios de selección y finalmente un registro de las fuentes consultadas. En el ejercicio de este trabajo para el levantamiento de datos para este tipo de método, se desarrollaron los siguientes pasos procedimentales:

- 1 en función del objeto y objetivos de la investigación, se definieron los tipos de fuentes bibliográficas y documentales que se necesitaban.
- 2 las fuentes bibliográficas y documentales se definieron y clasificaron en función de los criterios de selección.
- 3 se estableció un procedimiento de registro de las fuentes consultadas, conforme a las normas de referenciamiento APA 6ta edición.

Pasos para el desarrollo de la investigación bibliográfica y documental IBD

Con base en los pasos procedimentales y los criterios de selección esta investigación se estructuró de la siguiente manera:

1. Se consultaron fuentes bibliográficas documentales sobre contratación pública y procesos contractuales.
2. Se analizó la información y se estructuró la misma en el documento final.
3. Presentación del documento final para ser evaluado, sustentado y publicado (Rodriguez U, 2013).

7. Resultados

7.1 Desarrollo objetivo 1

Analizando la estructura y división de las dos normas se identificó que en la segregación tanto de la Ley 80 de 1993 como de la Ley 30225 de 2014 se introduce un

apartado de disposiciones generales en las que establecen definiciones, objetivos y aspectos básicos que rigen y hacen parte de la contratación estatal.

El objeto de cada una de las leyes es consistente y claro, ambas buscan establecer reglas y principios que rijan la ejecución de contratos estatales que para Colombia dicho procedimiento se mencionan en la Ley 80 de 1993 y demás normas complementarias, sin embargo, Ley 30225 del Perú aparte de disponer sus directrices y procedimientos recalca como finalidad en su primer artículo:

La posibilidad de maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten, la actuación de los servidores públicos en función de gestión por los resultados en la contratación de los bienes y servicios, la oportunidad de los contratos, condiciones estrictas de precios y calidad y demás características que permitan el cumplimiento del fin publico teniendo como desenlace la aprobación social en solución de las necesidades de los ciudadanos (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014).

Se considera importante recalcar todas estas características que actúan en función de un objetivo general como lo es el establecer disposiciones, lineamientos, reglas y principios, características que la Ley 80 de Colombia no enuncia en su apartado inicial.

Ahora bien, direccionando el enfoque en los procedimientos y regimientos establecidos en la Ley 80 de 1993 y en las demás disposiciones legales ligadas las cuales establecen el proceso asociado en la adquisición de bienes y servicios y que buscan facilitar y establecer guías dentro de las etapas de un contrato, así como el seguimiento en la información del proceso a todos los individuos y partes involucradas, a su vez dispone las

actividades que deberán llevarse a cabo en la inspección y control de los contratos celebrados.

7.1.1 Delegación de la actividad contractual

Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes (Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación), 1993, art.12).

Es decir que la apropiación de dichos contratos será realizada por la entidad estatal y por el director o funcionarios que el faculte para esta función, adicionalmente se deberá delegar un interventor que se encargue de hacer seguimiento y control a la realización de acuerdo a las disposiciones sostenidas en los contratos (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020, p.10).

De acuerdo con este apartado, es posible inferir que en primera instancia se puede declarar total o parcialmente a un contratista como competente para la celebración de contratos sin necesidad de ejecutar todo el proceso de licitación y selección del contratista, lo que a grandes rasgos podría significar el aparecimiento de un posible riesgo el cual intente favorecer la selección del contratista.

El desarrollo de las etapas para el establecimiento de una relación comercial con el estado peruano puede variar un poco frente al marco legal colombiano, debido a que en Perú nace la posibilidad de “delegar mediante un convenio con una entidad, las actuaciones

preparatorias y/o el procedimiento de selección” (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.11).

7.1.2 Etapas y Fases de la Gestión Contractual

Principio de planeación y Plan anual de adquisiciones en el marco normativo colombiano.

Para lograr la ejecución satisfactoria de cualquier proyecto se debe partir de un principio obligatorio que identifique la necesidad, oportunidad, pertinencia y que además tenga la función redimir objetivos y metas. Este principio es el de la planeación, el cual busca que durante las etapas de la gestión contractual se obre con la mayor eficiencia y calidad en la información ceñidamente a los cronogramas establecidos, evitando que se improvise a la hora de seleccionar un contratista, ejecutar o liquidar un contrato. Este principio debe ser ejecutado por la entidad estatal que valla a contrata el bien, servicio u obra apegándose al plan anual de adquisiciones el cual es uno de los instrumentos que enmarcan la ejecución de este principio (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020, p.14).

El plan anual de adquisiciones es un método establecido para la correcta planeación de las necesidades de contratación pública este plan tiene como objetivo programar y diseñar estrategias de contratación buscando eficiencia en el proceso y cada una de sus etapas (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020, p.15).

Los requisitos y aspectos a tener en cuenta a la hora de preparar el plan anual de adquisiciones se enmarcan en listar las posibles obras y servicios que se puedan

ejecutar durante el año, la necesidad que satisface, el valor estimado del contrato, los tipos de recursos, la modalidad de selección y demás lineamientos necesarios que dan formalidad al trámite del contrato (Decreto 1082, 2015, p.8).

Se consolida un plan anual de contrataciones haciendo ejercicio del principio de planeación, el cual establece de forma previa y anticipada, un cronograma que va de la mano con los proyectos en los que figura el plan de gobierno nacional, alcaldías y municipios locales lo que permite tener claridad de las necesidades de compra pública que tendrá la entidad durante cada año. Por lo tanto, podemos asociar el principio de planeación con el deber de mantener un control estricto sobre el futuro desarrollo de las contrataciones públicas; La planeación nos da directrices y un enfoque claro y puntual sobre la necesidad que se busca solventar a corto, mediano y largo plazo.

Para una correcta evolución del proceso de adjudicación de contratos estatales en Colombia se establecieron 3 etapas ordenadas lógicamente y secuencialmente:

- Precontractual
- Contractual
- Poscontractual

7.1.3 Precontractual

Es aquella etapa en la que se planifica y adecuan todas las posibles actividades a ejecutar, se identifican las necesidades que dan origen a la posible licitación y compra de servicios para el estado, conocimiento del sector y demás análisis necesarios para concretar la planeación (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020 p.13).

Se considera que es una etapa esencial porque de ella se desprende la necesidad de la ejecución de un contrato estatal. Es aquí donde se origina y se argumenta la compra pública en función de cumplir con el ejercicio social del estado solventando requerimientos necesarios para el desarrollo del país exponiendo la planeación específica.

Como primera acción previa a la elaboración del contrato, es necesario establecer criterios que permitan escoger al individuo más óptimo para cumplir con los objetivos planteados, por lo tanto, será necesario mencionar las modalidades de selección establecidas en la norma.

7.1.3.1 Métodos de Selección

Teniendo en cuenta la necesidad del contrato se escoge la modalidad de selección más oportuna y ajustable a las necesidades de la entidad estatal y de la compra, servicio u obra que se vaya a ejecutar. Dentro del marco jurídico colombiano se establecen 5 modalidades muy versátiles e integrales, en función de su fácil adaptación a cualquier tipo de servicio que se requiera, cumpliendo con las necesidades del contrato, el análisis de riesgos y todas aquellas características en las que derive la importancia de ejecutar el contrato de la forma más exitosa.

7.1.3.2 Licitación Pública

Es uno de los procesos de selección más habituales puesto a que se utiliza cuando el contrato no aplica para las demás modalidades de selección y cuando su valor supera la menor cuantía de la entidad. En este proceso la entidad estatal anuncia y convoca abiertamente al público la necesidad a la prestación de un servicio, es decir que es una modalidad en la que se abarca un sinnúmero de postulantes y candidatos,

lo que implica variedad a la hora de escoger el contratista que mejor se adecue a las necesidades del contrato y de la entidad en cuanto a requisitos como precios, técnica y calidad así como una valoración adicional y privilegio a la industria nacional de acuerdo a lo mencionado en el Art 21 de la Ley 80 de 1993-Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales.

Este método es uno de los más utilizados en Colombia para contratos que tienen una duración prolongada y que surtan necesidades de gran valor como lo es la construcción de infraestructura urbana o vial. Por lo general manejan cuantías grandes lo que implica la obligación de establecer políticas más estrictas en cuanto al análisis de riesgos y demás factores que intervienen a la hora de seleccionar el contratista y ejecutar el contrato. Es decir, que la importancia puede recaer en factores como la experiencia y habilidad que pueda tener el oponente para la ejecución del contrato, la forma en la que exponga dominio, conocimiento y experticia que demuestre las aptitudes para cumplir con el objetivo de la entidad estatal.

7.1.3.3 Selección Abreviada

En este proceso de selección se tiene en cuenta factores un poco más específicos, debido a que el estándar de selección se da por las características del contrato en cuanto a su objeto, cuantía, destinación de la obra, bien o servicio con el fin de que se pueda ejecutar elementalmente garantizando la eficiencia de la gestión contractual.

Una de las características de este método de selección es que la necesidad del suministro de bienes o servicios tenga particularidades técnicas uniformes y de común uso.

En otros términos, aquellos contratos que quizás compartan especificaciones técnicas similares y manejen estándares de desempeño y calidad definidos.

Son contratos de los que se pueden estimar menores cuantías de acuerdo con el plan anual de contrataciones de cada entidad. Como por ejemplo, la venta de bienes del estado en los cuales se puede utilizar la subasta como modalidad y demás formas en las que se asegure que la selección del contratista se realizó de manera transparente, eficiente y objetiva.

“Cabe mencionar que la selección abreviada permite a los contratistas declarados desiertos en la opción de licitación pública participar en la oferta del mismo objeto contractual dentro de los próximos cuatro meses de la declaración del desierto.” (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020 p.17).

7.1.3.4 Concurso de Méritos

Es uno de los métodos más utilizados para la adquisición de contratos relacionados con servicios de consultoría y proyectos de arquitectura, en este método prevalecen requisitos como lo son la experiencia y capacidad intelectual y de conocimiento de los individuos contratistas para con el objeto del contrato. Por ello se establecen una serie de procedimientos internos para ratificar la calificación del contratista.

7.1.3.5 Contratación Directa

Se puede interpretar que por su nombre es uno de los métodos más simplificados a la hora de adjudicar un contrato, ya que permite la selección de un contratista sin la necesidad de realizar una oferta pública, como para las modalidades anteriores. Ahora bien, esto no significa que no esté estandarizado ni que no necesite unos requisitos y validación

previa para la contratación ya que solo podrá ser utilizado cuando se cumplan las causales establecidas en el Art 2 de la Ley 1150 de 2007.

Se optará por contratar bajo el método de contratación directa siempre y cuando exista evidencia objetiva de una urgencia manifiesta, no exista pluralidad de oferentes en el mercado, se soliciten servicios profesionales, artísticos o de apoyo en la gestión, arrendamiento o adquisición de inmuebles y para contratos interadministrativos los cuales son celebrados entre dos o más entidades públicas siempre y cuando las obligaciones que se deriven vallan en con el objeto de la entidad que ejecutara el contrato (Ley 1150 de 2007, 2007, art.2; Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020 p.19).

7.1.3.6 Contratación de Mínimas Cuantías

En esta modalidad de selección se prevén contratos donde el valor del mismo no supera el 10% de la cifra fijada por la entidad estatal como menor cuantía. Particularmente suele utilizarse para servicios esporádicos en orden de surtir la necesidad de un bien o servicio en pro de los objetivos de la entidad estatal, adicionalmente no representa una extensa duración del contrato (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020).

Una vez seleccionada la modalidad y el contratista se procederá con la siguiente etapa, que da forma al contrato estatal e inicia con la ejecución de la prestación del servicio u obra.

7.1.4 Contractual

Etapla en la que se establece el periodo de tiempo para la ejecución del contrato, así como el conjunto de actividades a ejecutar por parte del contratante y contratista con el fin de lograr las exigencias y acuerdos establecidos en función de satisfacer las necesidades definidas en la etapa previa (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020).

Esta es una de las etapas intermedias del contrato en la cual ya existe una ejecución e inicio de actividades, de acuerdo con los planteamientos y planes realizados en la etapa anterior. En ella se siguen estableciendo los controles y verificaciones, asignando supervisores y responsabilidades para dar cumplimiento a lo estipulado en el contrato con el fin de exigir a cabalidad el correcto desarrollo del contrato y el entendimiento de los derechos y obligaciones de las partes involucradas. Para tener mayor claridad sobre las funciones y obligaciones que tendrá el interventor con la entidad estatal y el contratista, se explicará en el siguiente apartado el rol que juega como ente que ejerce auditoría y control durante los procedimientos establecidos en las etapas del contrato.

7.1.4.1 Designación de supervisión y responsabilidades

El supervisor o interventor es uno de los individuos más importantes en el desarrollo de la operación contractual pues se encarga de dar seguimiento a los contratos con profesionalismo y autonomía teniendo en cuenta cada una de las cláusulas y directrices establecidas en el contrato en función de brindar garantías a la entidad estatal de la idoneidad en las actuaciones y de las obligaciones pactadas. La selección del supervisor se realizará de acuerdo con el perfil del servidor público y a su competencia frente a calidad académica, experiencia y otros

requisitos que reflejen la idoneidad frente a las especialidades del contrato. Ya determinado el supervisor deberá tender a que el contratista cumpla a cabalidad el objeto del contrato de acuerdo al presupuesto establecido, así como con las actividades adicionales que del objeto se deriven y se contemplen en cláusulas adicionales, pliegos de condiciones anexos y estudios y demás obligaciones (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020).

Ahora bien, la ejecución de la labor de interventor tiene implicaciones y responsabilidades importantes, ya que sobre ellos recaerán compromisos civiles, fiscales, penales y disciplinarios tanto del cumplimiento de todas las obligaciones que surgen en la interventoría como todas aquellas acciones que deriven en daños a perjuicios a las entidades estatales (Ley 1474 de 2011, 2011, art.83).

La supervisión e interventoría está en toda la facultar para solicitar informes, aclaraciones y expedientes sobre el desarrollo de la ejecución contractual adicionalmente de reportar los análisis derivados de los informes anteriores a las entidades estatales que contengan los hechos o circunstancias posibles que puedan constituir actos de corrupción tipificado como conductas punibles o que las mismas puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato o cuando tal incumplimiento se presenta (Ley 1474 de 2011, 2011, art.84).

Analizando todos los deberes, funciones y responsabilidades que tiene el interventor en la ejecución del contrato, podríamos asimilar que hace las veces de auditor y revisor. Es un individuo clave en las entidades estatales y en la actividad profesional que ejerce, puesto a que del mismo deberán destacar características como la coordinación, vigilancia y control

desde todas las perspectivas administrativas, técnicas, financieras y legales que tienen incidencia en resultado y la premisa de necesidad establecidos por la entidad estatal.

Con las actividades mencionadas anteriormente y cumplidas a cabalidad se da inicio al procedimiento final de la ejecución del contrato, bien sea para darlo por terminado, ajustado o prorrogado.

7.1.5 Poscontractual

La etapa poscontractual o etapa de liquidación es aquella etapa final del contrato en la cual los individuos involucrados (Entidad estatal y Contratista) establecen un plazo de liquidación ya sea para contratos con plazo de ejecución diferida o instantánea y a su vez determinan los posibles ajustes e inquietudes que surgieron durante la ejecución del contrato a su vez con la posibilidad de que las mismas generen transacciones y reconocimientos adicionales (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020 Pag.83).

En esta etapa es una de las últimas para dar por finalizado el contrato, pueden existir modificaciones o ajustes que se consideren necesarios para concluir con su ejecución, a su vez la validación de plazos, tiempos y espacios que se consideren convenientes para cumplir con las necesidades planteadas en la etapa inicial, las mismas pueden acarrear costos, transacciones y validaciones adicionales por eventualidades o situaciones que fueron importantes y que generaron impacto durante la ejecución y resultado del contrato.

Dentro de la etapa poscontractual o de liquidación existen procedimientos a tener en cuenta según sea el caso y el tipo de contrato que se haya ejecutado.

En contratos de ejecución instantánea, es decir aquellos contratos en los que el objeto contractual se cumple en un solo momento por definición legal no es necesaria su liquidación, sin embargo, si la entidad encargada del contrato encuentra evidencia en la que constate la necesidad de liquidación lo puede realizar. No obstante, si contractualmente no se estableció un periodo de liquidación el supervisor deberá adelantar los trámites correspondientes concernientes a su informe de supervisión y a la proyección del cierre del expediente contractual (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020, pág. 48).

Para los contratos de ejecución sucesiva o en aquellos en los que se hubiere pactado una cláusula de liquidación los individuos involucrados, (Entidad y Contratista) tienen un tiempo establecido como etapa legal o convencional. La misma debe figurar desde el primer momento en las cláusulas del contrato y en la misma se podrán hacer ajustes, aclaraciones, revisiones y demás actos necesarios para finiquitar diferencias que se pudieron haber originado durante la etapa contractual (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020, pág. 48).

Cuando durante la etapa poscontractual se opte por dar por finalizado el contrato, se deberá tener en cuenta los tipos de liquidación que se dan según las circunstancias entre los involucrados, ya sea de mutuo acuerdo o cuando alguna de las partes quiere dar por terminado el contrato.

7.1.5.1 Liquidación Bilateral

Se origina cuando existe un acuerdo de voluntades en la parte final cuando se dan por cumplidas todas las obligaciones del contrato. Para ello el área de pagaduría expedirá los soportes de sus pagos con sus soportes anexos, posterior a ello el área de contratos revisará y remitirá el acta de liquidación suministrada por el supervisor o interventor del contrato para su publicación en el portal SECOP. Esta liquidación está sujeta a los procedimientos establecidos en el Art 11 de la Ley 1150 de 2007 y se realizara dentro de los términos fijados en el contrato o en las fechas acordadas por las partes. De no establecer la liquidación por mutuo acuerdo, la liquidación se podrá realizar dentro de los 4 meses siguientes al término de la ejecución del contrato. Aun así, vencido el plazo anterior no se realiza la liquidación del contrato la misma podrá darse dentro de los 2 años siguientes al vencimiento previo por mutuo acuerdo (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020. pag. 49).

7.1.5.2 Liquidación Unilateral

De acuerdo con lo establecido en el Art 11 de la Ley 1150 de 2007 en aquellos casos en los que el contratista no responda a las notificaciones o convocatorias de liquidación que realice la entidad o que los individuos involucrados no lleguen a un mutuo acuerdo sobre los contenidos de liquidación la entidad tendrá la facultad de liquidar el contrato de forma unilateral. Este tipo de liquidaciones se da cuando no se logra un acuerdo con el contratista sobre la liquidación del contrato o cuando no se atienden los llamados de la entidad al contratista para proceder con liquidación de mutuo acuerdo. La posterior liquidación se dará en los términos del proceso contencioso administrativo de forma unilateral, es decir sin

perjuicio de lo establecido en el Art.164 de la Ley 1437 de 2011 (Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, 2020 Pag. 49). Ya enunciado el procedimiento de contratación pública en cada una de sus etapas, recalcando ordenadamente los pasos de ejecución en el desarrollo de un contrato estatal de principio a fin, de acuerdo a lo señalado en el marco jurídico colombiano, pasamos a realizar el mismo desglose del procedimiento de acuerdo lo señalado por el marco jurídico peruano. Esto con el fin de concluir con posterioridad la efectividad que tendrá su aplicación a la hora de ejecutarse un contrato estatal.

Plan anual de contrataciones en el marco jurídico peruano

Ahora bien, las ejecuciones de los procesos de contratación para el estado peruano se establecen en etapas similares a las fijadas en las normas colombianas; sin embargo, previo al análisis de estas etapas es necesario tener en cuenta que existen procedimientos de los cuales depende y deriva el desarrollo del contrato.

El plan anual de contrataciones consolida una etapa adicional de formulación y programación en la que se fija un estricto presupuesto para el subsiguiente año fiscal. Cada entidad del estado peruano deberá informar la necesidad de adquisición de bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de sus objetivos planteados para dicho año asociados a sus planes operativos institucionales con los cuales se elabora el plan anual de contrataciones. El contenido de dicho plan debe prever las contrataciones de bienes, servicio y obras cubiertas en el presupuesto institucional de apertura; este plan es publicado en el Sistema electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) y en los portales institucionales de cada

entidad estatal (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado Lima, Perú, 2014, art.15).

Retomando las etapas posteriores al plan anual de contrataciones tenemos que el proceso de contratación estatal en el estado peruano se divide en 3 fases:

- Fase de programación y actos preparatorios.
- Fase de selección.
- Fase de ejecución contractual

7.1.6 Fase de Programación y Actos Preparatorios

En esta fase se contemplan todas las actividades que deberá ejecutar la entidad estatal, definiendo así un requerimiento que establezca que la entidad que requiere la prestación del servicio, compra u obra elabore las especificaciones técnicas, los requisitos de calificación y la finalidad de la contratación pública; Estos requisitos deben estar ligados con el desarrollo del objeto normal de la entidad estatal. La determinación del costo, valor referencial o estimado en la contratación de los bienes, servicios u obras con el fin de establecer el tipo de procedimiento de selección, así como la asignación de los recursos presupuestales. Las prohibiciones de fraccionamiento del contrato y demás actuaciones necesarias a contemplar por la entidad en la planificación y preparación de la contratación (Congreso de Peru, 2019. p.14,15).

Con el fin de priorizar aquellas contrataciones establecidas en el plan anual de contrataciones como recurrentes, de uso masivo de las entidades y aquellos contratistas identificados como estratégicos se implementa el sistema de

homologación de requerimientos. Aquí se da uniformidad a los requerimientos a través de un proceso de homologación en el cual se elabora un plan de homologación de requerimientos de acuerdo a lo establecido por la central de compras públicas-Perú compras. Posterior aprobación las fichas de homologación será utilizadas por las entidades estatales dentro del ámbito de aplicación establecido por la ley incluso para aquellas contrataciones sujetas a otro marco de contratación (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.14-15).

Existe una articulación entre el plan anual de contrataciones y la fase de programación o de actos preparatorios, pues previo al inicio de ejecución de esta fase se establece un cronograma que trabaja en conjunto con el presupuesto nacional donde se estructuran los proyectos y compras públicas para el año fiscal en cuestión que serán necesarios en pro del cumplimiento de sus objetivos planteados.

Ahora bien, haciendo juicio al principio de planeación y tomando como base el plan anual de contrataciones articulado con la fase de programación y actos preparatorios, se pautan detalles específicos y las disposiciones técnicas, económicas y demás requisitos señalados en el plan anual de contrataciones que serán necesarios para cumplir con los objetivos y necesidades de la entidad estatal.

7.1.7 Fase de Selección

Para la fase de selección es imperativo tener en cuenta los métodos en los procedimientos de selección como la licitación pública, concurso público,

adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y demás procedimientos de selección que contempla la ley respetando los principios y demás disposiciones aplicables a los procedimientos de selección (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.15).

En esta fase se da a conocer a todos los posibles contratistas la vacancia en la contratación de un bien, servicio u obra con el fin de satisfacer un requerimiento o necesidad. Con base en la competencia se procederá con la selección del posible contratista.

Para la selección del posible contratista en esta fase se enunciarán los métodos de selección dispuestos en el marco jurídico peruano, que disponen de variedad de métodos que se ajusten al tipo de contrato y a la actividad a ejecutar sea la adquisición de un bien o servicio.

7.1.7.1 Licitación Pública y Concurso Público

Existe una subdivisión entre lo que es licitación pública y concurso público, ya que la licitación pública se usa comúnmente para bienes y obras y el concurso público para servicios, en cualquiera de los casos el valor estimado o referencial debe estar dentro de lo establecido legalmente en el presupuesto público. Estos actos administrativos públicos deberán contar con la presencia de un notario público o juez de paz (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.14-15).

Al igual que en Colombia este método de selección deriva, en la oferta al público de contratación con el estado dando la posibilidad a compañías privadas de ser citadas o

escogidas para la venta de un bien o servicio. Es un método de selección en el que por su modalidad abierta al público puede conllevar a grandes cantidades de postulantes o contratistas, lo que implica variedad en la posibilidad de escoger al candidato que cumpla con todas las expectativas de la entidad estatal y ejecute el contrato de manera exitosa.

7.1.7.2 Adjudicación simplificada

Se utiliza en la contratación de bienes y servicios a diferencia de los relacionados con los servicios adquiridos por consultores independientes, así como para los contratos de ejecución de obras, siempre y cuando su valor referencial o estimado se encuentre dentro de lo establecido legalmente en el presupuesto público (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.15).

Es un método de selección utilizado para la contratación de servicios no muy comunes y de cuantías mínimas su proceso se puede definir como uno de los más simples pues no representa mayor riesgo con respecto a los recursos manejados y al tipo de compañías que aplican para la prestación de un servicio o venta de un bien bajo esta modalidad.

7.1.7.3 Selección de consultores individuales

Este es un método selección utilizado para la contratación de servicios de consultoría en cuales no es necesaria la conformación de un equipo de trabajo ni de asistencia o apoyo profesional. Se concentra en seleccionar personas naturales que cuenten con la experiencia y calificación para la prestación del servicio bajo los requisitos necesarios para atender la necesidad dentro de lo establecido

legalmente en el presupuesto público (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.15).

Para la selección de este método prima la calidad de los consultores, su reconocimiento, técnica y experiencia en el desarrollo de las actividades relacionadas en el contrato estatal, pues existen grandes cantidades de bufets en empresas privadas y especializadas que son competencia directa de consultores independientes. Sin embargo, como se mencionó en el párrafo anterior, la premisa es la selección de personas naturales independientes que cumplan con todos los estándares y requisitos de la entidad estatal.

7.1.7.4 Subasta Inversa Electrónica

Este método de selección es usado en la contratación de bienes y servicios de características comunes o recurrentes, estos deben estar incluidos en el listado de bienes y servicios comunes para categorizarse como tal. La ficha técnica en la que se describen estos bienes y servicios comunes podrá ser utilizada para aquellas contrataciones que estén sujetas a otro régimen legal de contratación. (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.16).

En esta modalidad de selección se tienen estandarizados en listados a los proveedores y los servicios que prestan y han prestado previamente a entidades estatales. Al igual que la adjudicación simplificada, son métodos utilizados para contrataciones no muy complejas y concurrentes y de menores cuantías.

7.1.7.5 Contrataciones directas

Solo se podrán ejecutar contrataciones directas con un proveedor siempre y cuando se de alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando exista evidencia de que el costo de oportunidad es más eficiente y técnicamente más viable para satisfacer la necesidad contractual, sin contravenir con lo expuesto en el artículo 60 de la constitución política de Perú.
- b) En situaciones de emergencia que se originen por catástrofes naturales o cualquier otra situación que ponga en riesgo la seguridad nacional, así como la emergencia sanitaria declarada por el rector del sistema nacional de salud.
- c) Situaciones de desabastecimiento las cuales impiden a la entidad cumplir con su objeto.
- d) Situaciones en las que cualquiera de los organismos que conforman las fuerzas armadas, la policía nacional o el sistema nacional de inteligencia requieran realizar contrataciones de condición secreta o por razones internas en las que se deba mantener reserva conforme a lo establecido por la ley.
- e) Cuando los bienes y servicios solo puedan ser entregados por un proveedor específico o el mismo posea derechos exclusivos.
- f) Servicios de publicidad que sean prestados al estado por medios de comunicación televisiva, radial, escrita y entre otros conforme a lo establecido por la ley.
- g) Cuando se desee contratar bienes y servicios confines de investigación, experimentación, desarrollo científico tecnológico y cuyo resultado pertenezca a la entidad en desarrollo de su objeto.
- h) Adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles.

- i) Servicios especializados de asesorías legales, contables, económicas o para la defensa de funcionarios, exfuncionarios y demás servidores públicos por actos funcionales conforme a lo establecido por la ley. Adicionalmente la aplican las asesorías jurídicas y legales en defensa de las entidades en procesos judiciales.
- j) Cuando urja la necesidad de continuar con la ejecución de obligaciones no ejecutadas derivadas de un contrato liquidado o declarado nulo. Esta causal procede aun cuando solo haya existido un postulante en el procedimiento de selección. También se considera pertinente cuando la entidad necesite de la elaboración de los expedientes técnicos y saldos de obra derivados de los contratos liquidados o nulos.
- k) En la contratación de servicios de capacitación de interés institucional de las entidades u organismos internacionales especializados.

Ahora bien, las contrataciones directas pasan por la aprobación de la entidad estatal mediante una resolución titular, acuerdo del directorio y visto bueno por parte del consejo regional o municipal según sea. El procedimiento de selección puede efectuarse mediante compras corporativas y debe tenerse en cuenta el reglamento que establece la configuración de cada uno de los supuestos mencionados anteriormente, así como los requisitos y formalidades para su contratación (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.16).

Para este método de selección no existen convocatorias públicas ni procesos extensos en los que se tome demasiado tiempo la selección del contratista, pues de acuerdo a lo mencionado en el párrafo anterior, se busca ahorrar tiempo en la adquisición de los bienes o servicios siendo en situaciones urgentes o de emergencia, sin embargo se tienen

establecidos los requisitos de carácter restrictivo que se deben cumplir para poder contratar bajo este método, pues el hecho de que sea una forma simplificada de contrato, no implica que se pueda usar o aprovechar en casos diferentes a los establecidos en la ley.

Con todo eso, existe la necesidad de establecer modalidades especiales adicionales de contratación, puesto a que pueden existir contratos que necesiten adaptaciones o que es necesario que el contratista que la actividad a ejecutar cumpla con otro tipo de condiciones específicas las cuales no puedan ser dimensionadas por las modalidades de contrato mencionadas anteriormente, por ello se tipifican métodos especiales de contratación.

7.1.7.6 Métodos especiales de contratación

Existe una modalidad especial, en la cual las entidades podrán realizar contrataciones sin la necesidad de ejecutar todo el procedimiento de selección mencionado anteriormente, pues bien, los bienes y servicios que sean incorporados en los catálogos electrónicos de acuerdo marco gozarán de este beneficio como producto de la formalización de acuerdos marco. Aun así, el reglamento establece cuáles serán los procedimientos para la implementación y mantenimiento de estos catálogos, las condiciones de aplicación y las políticas establecidas para la rotación de los proveedores sujetos a verificación de requisitos de capacidad técnica y legal y demás particularidades (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.17).

De acuerdo a lo contemplado en el acuerdo marco, se realizarán las convocatorias para la selección de los posibles proveedores en los que es necesario emplear métodos especiales de contratación, por ello se establecen una serie de catálogos electrónicos que

deberán contener los bienes y servicios que atiendan los requisitos de las entidades estatales. Es un método de selección que fija prácticamente los mismos procedimientos que los demás procesos de selección, su única diferencia es, que será más útil su uso si se afirma de acuerdo a lo mencionado por el acuerdo marco, que la requisición del bien o servicio será de carácter especial y contempla las características mencionadas en el párrafo anterior.

7.1.7.7 Posibles situaciones en los procesos de selección

Durante alguno de los procesos mencionados anteriormente será necesario tener en cuenta el valor referencial o estimado, por ello el sistema de comparación de precios deberá ser utilizado en la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata o consumo recurrente, a diferencia de los servicios de consultoría, que no sean fabricados o prestados según las especificaciones del contratante y siempre y cuando dichos servicios sean de fácil obtención y cuenten con un estándar de mercado conforme a lo señalado por la ley (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.15).

Durante todo el proceso de selección se pueden originar cuantiosas situaciones frente a las decisiones tomadas por la entidad estatal, entre ellas este rechazo de ofertas que principalmente se daría a todas las proposiciones que se encuentren por debajo del valor referencial, después de haber solicitado al proveedor escrita o electrónicamente la descripción y composición de su oferta asegurándose de que pueda cumplir cabalmente con todas las obligaciones derivadas del contrato. Si posterior a esta validación la entidad reafirma que no cumple con todos los

requisitos y se puedan tener razones objetivas de un posible incumplimiento, se dará por rechazada la oferta. También se darían como rechazadas todas aquellas ofertas que superen la disponibilidad presupuestal para el procedimiento de selección aun después de haber realizado todas las gestiones necesarias para el incremento de la disponibilidad presupuestal sin tener éxito.

Para la ejecución de contratos de consultoría de obras la entidad estatal podrá dar como rechazadas las ofertas que se encuentren por debajo del 90% del valor referencial o que esté por encima del 10% (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.16).

Otra posible situación que se puede originar durante el proceso de selección del contratista es cuando ninguna oferta se considera como válida, a esto se le llama declaratoria de desierto. También una entidad podrá dar por cancelado el procedimiento de selección en cualquier momento previa la adjudicación de la buena pro, mediante una resolución, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando ya no exista necesidad de contratar o cuando el presupuesto inicialmente designado para este contrato deba destinarse a otros propósitos de emergencia. Aun así, la entidad estatal no incurrirá en responsabilidad por hecho de actuar conforme a la ley al cancelar procesos de selección a los proveedores que ya habían presentado sus ofertas (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.16-17).

Las posibles situaciones en el proceso de selección, enfatizan puntualmente en el valor referencial, la comparación de precios y estrictamente el cumplimiento del presupuesto asignado. Es decir que los contratistas deberán presentar su propuesta de

selección teniendo en cuenta todos estos factores importantes que inciden a la hora de escoger al mejor puesto a que de no cumplirse la entidad estatal, daría por rechazada la oferta. Aun así, es de considerar que, si la propuesta de contratación sobrepasa el valor presupuestal asignado, pero es consistente con la necesidad de la entidad estatal, cumple con todos los requisitos señalados por la ley, y se sustenta profesionalmente demostrando experiencia y conocimiento de la labor, la entidad estatal puede solicitar el incremento del presupuesto. Recordemos que los presupuestos son flexibles, sujetos a cambios y modificaciones en situaciones en las que sea necesario.

Por otra parte, cuando ninguno de los participantes y sus ofertas se considera validas durante el proceso de selección, lo que concluye en una declaratoria de desierto. Con lo que se deduce que quizás el método de selección utilizado no es el más óptimo para la selección del contratista o que el contrato contempla actividades especiales, lo cual deberá evaluarse por la entidad estatal para una reconsideración del tipo de oferta.

7.1.8 Fase de Ejecución Contractual

En esta fase del proceso de contratación se da inicio por parte del contratista a las obligaciones reconocidas contractualmente, así como el reconocimiento por parte de la entidad estatal de los servicios prestados. Adicionalmente se realizan ajustes en cuanto a las formalidades del contrato para su ejecución, como lo son los debidos diligenciamientos de formatos, la identificación y análisis de los riesgos, responsabilidades de cláusulas referidas como garantías, anticorrupción, solución de controversias, resolución de contrato por incumplimiento, etc.

Para la ejecución del contrato se deben tener en cuenta ciertas particularidades esenciales durante su desarrollo:

- El contrato debe celebrarse escitamente y de acuerdo con los procedimientos de selección de acuerdo con lo aprobado por la entidad estatal.
- Se deben identificar los posibles riesgos en los contratos de obra que puedan originarse durante la ejecución del contrato de acuerdo con el análisis realizado en la planificación. Este análisis hace parte de los expedientes técnicos y conforme a las directrices que se emitan para su efecto.
- Todos los contratos deben incluir bajo responsabilidad las cláusulas referidas a garantías, anticorrupción, solución de controversias y resolución de contrato por incumplimiento.
- Para el caso de la contratación de servicios para el desarrollo de proyectos de construcción u obras, la entidad estatal debe contar con disponibilidad física del terreno. Esta disponibilidad puede estar dada mediante entregas parciales siempre y cuando las características de la obra lo permitan. En caso de que la obra cuente con residentes o supervisores de tiempo completo, los mismos no podrán prestar sus servicios en más de una obra a la vez.
- El contratista tiene la responsabilidad de prestar a cabalidad la totalidad de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato. Por lo tanto, debe gestionar todas las actividades que estén a su alcance con diligencia con el fin de dar apoyo al buen desarrollo contractual con el fin de cumplir los objetivos públicos previstos.
- Las responsabilidades que derivan en la formulación del expediente técnico o estudios definitivos para la ejecución del proyecto, corresponden al proyectista y a

la supervisión de acuerdo con el alcance estipulado en los contratos y a la aprobación de la entidad (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.17).

Ahora bien, todos los contratos a nivel general deben contar con un estamento o cláusula en el contrato la cual establezca garantías en la entrega del bien o servicio. Las garantías deben ser otorgadas por los contratistas fielmente a constituir el cumplimiento del contrato y sus adelantos, las modalidades, montos y condiciones se deberán tener en cuenta de acuerdo con lo establecido legalmente.

Las garantías que sean aceptadas por las entidades estatales deben ser incondicionales, solidarias e irrevocables y de realización automática bajo responsabilidad de los contratistas oferentes los cuales deben ser supervisados por la superintendencia bancaria, de seguros, administradoras de pensiones y demás, según el caso las cuales facultan para emitir las garantías. A la hora de realizar efectiva la garantía los contratistas no podrán oponerse debiendo limitarse a honorarlas de inmediato dentro de un plazo máximo de 3 días hábiles, ya que dicha demora puede generar una responsabilidad solidaria por parte del emisor y dará lugar al pago de intereses a favor de la entidad. Todas las entidades financieras que se consoliden como emisores de garantías, facilitaran el acceso de las entidades estatales beneficiarias, debiendo instaurar para ello mecanismos que permitan aplicar todas las disposiciones a lugar para desarrollar el proceso hacer efectiva la garantía en caso de ser necesario (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.17).

El contratista con previa autorización de la entidad podrá realizar subcontratos que se encargue de la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje establecido por ley, salvo las prohibiciones contenidas en los procedimientos de selección.

Para ser subcontratista es necesaria la vinculación y el registro en el registro nacional de proveedores RNP y no estar impedido o inhabilitado para la ejecución de contratos con el estado, sin embargo, el contratista asume la responsabilidad de la ejecución total del contrato frente a la entidad estatal, conociendo que no se podrán subcontratar prestaciones necesarias relacionadas con la determinación de selección del contratista (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.18).(Congreso de Peru, 2019)

Durante la ejecución del contrato pueden existir situaciones o eventualidades de caso fortuito o fuerza mayor que desemboquen en la resolución del contrato lo cual imposibilita la continuación del contrato por incumplimiento de las obligaciones por hechos sobrevinientes los cuales no son imputables a ninguna de las partes. Ahora bien, cuando la disolución se origine por causas imputables a alguna de las partes, se deberán resarcir los daños y perjuicios causados.

Adicionalmente también se considera necesario mencionar que el contratista podrá ceder el derecho al pago a favor de terceros , no a la posición contractual salvo en los casos previstos legalmente (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.18).

La entidad puede entregar adelantos al contratista siempre y cuando este previsto en el contrato y se mencione dentro de los procesos de selección, cuyo objetivo es la financiación de liquidez al proyecto. Legalmente se establecen todos los tipos, condiciones y montos de cada adelanto, así como en la forma en que se entrega en el desarrollo del contrato, para los casos de ejecución de proyectos de construcción y obras la entidad puede solicitar la constitución de un fideicomiso para el manejo de los recursos que se entreguen a modo de anticipo y su objetivo será brindar garantías de que la aplicación de los recursos se da exclusivamente a la ejecución del contrato, sin embargo, legalmente se establecen los requisitos y condiciones de la operación de dicho fideicomiso (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.18).

Una de las partes finales en la ejecución del contrato es el pago el cual se da una vez ejecutada la prestación del servicio, sin embargo, esto no significa que no se conciban pagos por adelantado, pues este hará parte de la condición de mercado para la entrega del bien o servicio previo el otorgamiento de la garantía cuando corresponda de acuerdo a lo contemplado legalmente. Los anticipos no constituyen pagos finales por lo cual el contratista seguirá siendo responsable del cumplimiento total a la prestación del objeto del contrato, si se llegase a presentar demoras o retrasos a la hora de girar los anticipos la entidad estatal deberá reconocer los intereses legales correspondientes justificando la situación de demora (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.18).

Esta es una de las fases finales establecidas dentro del proceso de contratación dispuesto en el marco jurídico peruano. Con todo y esto no relaciona ningún proceso adicional en el cual se desarrolle una fase de liquidación de la adjudicación del contrato en la cual se puedan evaluar situaciones y sucesos de las etapas previas que pueden inferir con la ejecución final del contrato. Es importante establecer un periodo de tiempo en el cual se puedan hacer ajustes, retroalimentaciones, plantear inconformidades por parte de la entidad estatal al contratista o viceversa y evaluar las posibles soluciones. Periodo de tiempo que no es concebido en los procedimientos peruanos a diferencia de los colombianos, pues una etapa final previa a la liquidación y entrega de informes por parte del supervisor o inspector es la etapa poscontractual, la cual establece ese tiempo adicional necesario para realizar una evaluación general contrato y poder tomar decisiones frene al producto final a recibir por parte de la entidad estatal y realizar los respectivos ajustes que se tomen a consideración por cada uno de los individuos involucrados, con el fin de garantizar la calidad del producto final.

7.1.9 Análisis objetivo de la eficiencia en los procedimientos de contratación en los países Colombia y Perú

Siempre que se habla de eficiencia se piensa en aquellos métodos o estrategias que ayudan a efectuar una gestión con calidad para lograr un cometido a cabo con el mayor éxito posible. En el momento de hablar en la contratación pública se conoce como un principio el cual debe ser tenido en cuenta siempre en cada parte de ejecución de los contratos. El término “efectividad” desemboca en el resultado de poder solventar las necesidades de una comunidad primando el bienestar social de la forma más completa.

Analizando la configuración de la Ley 80 de 1993 y las demás disposiciones legales y normativas establecidas en Colombia, así como la Ley 30225 de 2014 de Perú, se evidencian muchas similitudes, una de ellas y quizás la más significativa podría ser la distribución de tres etapas o fases que se dan en los procesos de contratación de ambos países. De cada una de ellas se derivan los procedimientos y aspectos claves en la ejecución de los contratos, lo que implica que los dos países manejan un marco jurídico independiente pero muy semejante. Si se busca comparar primeramente las leyes de los dos países podremos encontrar diferencias más técnicas en la elaboración de la norma que en su esencia o fundamento ya que como se mencionó al principio del desarrollo de este objetivo, la finalidad de la normatividad de ambos países es clara en la primordialidad de solventar las necesidades de una sociedad por medio de las actividades que ejecuten las entidades estatales en representación de un estado mayor.

Se considera que durante la ejecución de los procedimientos de ambos países se están teniendo en cuenta todas aquellas posibles situaciones fortuitas, contingencias y demás riesgos inherentes y residuales que surgen tanto para las entidades estatales, como para los contratistas, a su vez las demás entidades como Colombia compra eficiente para el caso de Colombia y la OSCE para el caso de Perú que se encargan de vigilar y controlar mediante diferentes mecanismos de última generación las operaciones que se realizan con los recursos públicos de cada país, lo cual garantiza de forma indirecta la existencia del control en búsqueda de la eficiencia en los procesos, así como los interventores los cuales actúan como auditores constantes durante la ejecución del contrato, es decir ejerciendo un control directo de principio a fin. Se puede decir que los procedimientos de contratación de cada país, son consistentes, claros y detallados para cada caso y evento, y que a partir de ellos y

de las demás normas complementarias, así como los mecanismos electrónicos que se emplean, brindan control y supervisión directa o indirecta; lo que incide significativamente en el resultado del proceso de inicio a fin. Por lo tanto teniendo en cuenta que la efectividad es el equilibrio de eficacia y eficiencia y que la eficacia es lograr un resultado y la eficiencia es la capacidad de lograr un objetivo por medio de métodos y estrategias con la mayor optimización de recursos, se puede inferir que en resumidas cuentas los procesos de contratación cumplen con las definiciones aquí planteadas ya que desde la parte de planeación como principio, ejecutan estrictos planes y cronogramas apegados a un presupuesto, que prevalece el valor referencial y la comparación de precios a la hora de seleccionar una oferta y que se ejerce control de principio a fin para garantizar un resultado exitoso. Sin embargo, existen otros factores externos que tiene importancia y que inciden en los resultados de la ejecución de un contrato puesto a que van de la mano de los procedimientos. Son una serie de principios y valores morales que se consideran aun así éticamente más importantes y que tienen más incidencia a la hora de mostrar resultados frente a los objetivos planteados en un contrato. Los servidores públicos que para la ejecución de sus funciones como miembros al servicio de una sociedad juran respetar, cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes de su país desempeñando sus labores a cabalidad, tienen un aporte más a la eficiencia y eficacia en la aplicación de la normatividad que para este caso son los procedimientos de contratación pública desde una perspectiva moral y ética que desde la teórica o jurídica. Prevalecerán más los principios, la actuación ética y responsable del servidor público y el contratista, así como para los demás individuos relacionados y entidades de vigilancia y control en la ejecución técnica que establece la norma en búsqueda de la eficiencia y eficacia que la correcta segregación de los

procedimientos, estándares, metodologías, actuaciones para la ejecución de los contratos, pues de ello dependerá que el concepto establecido como efectividad concluya en una utilidad social y el beneficio de una comunidad, así como el cumplimiento de las responsabilidades de las entidades estatales en cada uno de los países.

7.2 Desarrollo objetivo 2

7.2.1 Principios aplicados en la Contratación Pública

En la contratación pública existen unos principios de obligatoriedad para ambos países, que deben ser aplicados en cada una de sus etapas o fases de contratación, los cuales están relacionados en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (Colombia) y artículo 2 de la Ley 30225 de 2019 (Perú), con el objetivo de adjudicar de manera eficaz, eficiente y objetivamente al contratista.

Colombia

- A. **Del principio de transparencia.** De acuerdo con Colombia Compra Eficiente, El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como: i) la igualdad respecto de todos los interesados; ii) la objetividad, neutralidad y claridad de la reglas o condiciones impuestas para la presentación de las ofertas; iii) la garantía del derecho de contradicción; iv) la publicidad de las actuaciones de la Administración; v) la motivación expresa, precisa y detallada del informe de evaluación, del acto de adjudicación o de la declaratoria de desierta; v) la escogencia objetiva del contratista idóneo que ofrezca la oferta más favorable para los intereses de la Administración (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 1).

Hace referencia a toda la legalidad que debe tener el proceso de contratación pública para la adjudicación bajo cualquier modalidad de contratación.

B. Principio de economía. “Este principio tiene como finalidad asegurar la eficiencia de la Administración en la actividad contractual, traducida en lograr los máximos resultados, utilizando el menor tiempo y la menor cantidad de recursos con los menores costos para el presupuesto estatal.” (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 3), es decir, lo que busca este principio es la efectividad y el menor gasto de recursos públicos en la ejecución del bien o servicio que se contrató en términos monetarios.

C. Principio de selección objetiva.

Este principio se define a partir de los siguientes criterios: el precio, el plazo, el cumplimiento en contratos anteriores, la calidad, la experiencia, etc., los cuales, considerados integralmente (ponderación) permiten determinar la propuesta más favorable. Dichos factores podrán concurrir todos o los que la administración discrecionalmente establezca, de acuerdo con las necesidades del servicio y el fin del contrato (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 6).

Podemos decir que este principio, tiene en cuenta cada uno de los requisitos que debe tener los oferentes para que sean seleccionados para la ejecución del bien o servicio que necesita el estado.

D. Principio de buena fe.

Este principio tiene un carácter objetivo que consiste en asumir una postura o actitud positiva de permanente colaboración y fidelidad al vínculo celebrado. Por ello, tal como sucede con el principio de reciprocidad, el desconocimiento por parte

de la Administración de los postulados de la buena fe en la ejecución del contrato, conlleva el surgimiento de la obligación a cargo de ésta de responder por los daños antijurídicos que le haya ocasionado al contratista (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 13).

E. Principio de publicidad.

Se manifiesta de dos formas: como deber y como derecho. Por una parte, se trata del deber que tienen las entidades contratantes de comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que realizan dentro de los procesos de selección de sus contratistas. Ello no podría ser de otro modo, pues la publicación generalizada de la información referida a los procesos de contratación que adelantan las entidades del Estado es la que permite que a los mismos asistan todas aquellas personas interesadas en la ejecución de los proyectos allí tratados y que toda la ciudadanía tenga la posibilidad de conocer la actividad contractual de la Administración, como garantía de transparencia (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 16).

En otras palabras, es el deber del contratante exponer cada uno del procedimiento que llevan a cabo para la elección del contratista y por parte del contratista es un derecho que él tiene para evidenciar si la selección es objetiva.

F. Principio de igualdad. “El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en un proceso de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento.” (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 17). Por otro lado, la entidad pública no puede tener cláusulas donde beneficien a contratistas en específico ni mucho menos donde los discriminen para el concurso de la contratación.

Las reglas deben ser generales para todos los contratistas y estas deben ser plasmadas en los pliegos de condiciones, donde se relaciona los plazos, objetivos de la contratación y requisitos que debe tener cada propuesta por parte del contratista.

G. Libre concurrencia. “Busca permitir el acceso al proceso licitatorio de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos o del llamado a licitar.” (Colombia Compra Eficiente, s.f., párr. 19). Permite el libre acceso a todo el proceso de contratación por cualquier ente o persona interesada en contratar con el Estado.

H. Principio de planeación.

El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos (C-300-12, 2012, p.45).

Este principio es el más importante en el proceso de contratación, ya que, en este se debe realizar todo lo relacionado con el objeto a contratar por parte de la entidad estatal y las condiciones que la misma va a establecer a los oferentes interesados en el contrato.

Perú

En Perú, de acuerdo con la Ley de contrataciones del Estado, las contrataciones se deben regir bajo 10 principios. De estos vamos a explicar lo más relevantes en una contratación:

A. **Principio de Moralidad.** “Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.” (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, 2012,p.14). La finalidad de este principio es el cumplimiento de ciertos valores éticos, esto para proporcionar siempre la veracidad y la justicia en cada proceso de selección en el proceso de contratación con el Estado.

B. **Principio de Imparcialidad.** “Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.” (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, 2012,p.14). Se rige con el debido seguimiento de la norma y leyes establecida por el Estado, para la correcta elección del contratista en cada modalidad de selección.

El principio de Imparcialidad es muy importante para un debido proceso de contratación pública, ya que es el que rige por ley de abstenerse de consideraciones subjetivas y debe concentrarse en la objetividad del bien o servicio a contratar al momento de la adjudicación.

C. **Principio de Razonabilidad.** “En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.” (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, 2012,p.14-15). En relación con lo anterior, este principio se centra en las características y el precio del bien o servicio a contratar;

que tengan relación con la necesidad que demanda la sociedad o la entidad estatal y que así mismo, no se sobrevalore el precio limitando casos de corrupción.

D. Principio de Publicidad. “El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones” (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.10). Se encarga de la publicación de cada documento y del cumplir con el derecho del contratista de hacer seguimiento al proceso de selección, con la finalidad de que se esté llevando a cabo de acuerdo con la normatividad establecida para las contrataciones con el Estado.

E. Principio de Transparencia.

Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.10).

F. Principio de Eficacia y Eficiencia.

El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva

en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.10).

G. Principio igualdad de trato. “Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.” (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.10).

En el Perú como en Colombia se manejan 3 principios que en contratación pública son de gran importancia para una selección objetiva del contratista que son: Publicidad, Transparencia y Economía (Eficacia y eficiencia).

7.2.2 Derechos y deberes de las entidades estatales y demás entidades relacionadas con el contrato

Tanto las entidades estatales como los servidores públicos tienen unos derechos y deberes para cumplir objetivamente los fines de la contratación estatal y función pública, estipulada en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la

consecución de dichos fines (Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación), 1993, parr.10).

Los fines estatales se establecen y se direccionan en ejecutar de manera efectiva las necesidades planteadas por cada una en un determinado tiempo, las cuales se direccionan a través de los servidores públicos y estos a su vez a través de la contratación pública, adquieren los bienes o servicios que la entidad no posee, en cuanto a capacidad, calidad o experiencia que terceros si poseen, con el fin de suplir la necesidad creada por la nación y/o una comunidad en específico.

En cuanto a las entidades estatales, estas tienen derechos y deberes que están reglamentados en el Estatuto General de Contratación (Ley 80 de 1993), en su artículo 4.

Hay que mencionar, además de que las entidades estatales no tienen intereses financieros, es decir, los intereses se fundamentan en los intereses sociales, de este último parte la importancia de establecer un buen reglamento de contratación y a su vez, objetividad para cumplir a cabalidad lo establecido en dicho reglamento, con el fin de solventar cada solicitud de la nación sin que haya una malversación de recursos, detrimento patrimonial y otros beneficios de índole personal e intereses propios con terceros puntuales con el objetivo de lucrarse con recursos públicos.

Con respecto a las demás entidades relacionadas en el contrato tenemos al contratista, el cual es el encargado de suministrar un bien o prestar un servicio. Este a su vez, también tiene unos derechos establecidos en el Estatuto General de Contratación y en la reglamentación de Perú la Ley 30225 de 2014, con el fin de que cumpla los pagos y sus demás derechos que adquiere en el momento de la adquisición de la obligación con la

entidad estatal y que al mismo tiempo el contratista cumpla oportunamente todo lo pactado en el contrato estatal.

Habría que decir también, que para cada país existen unas entidades del gobierno que mediante sistemas electrónicos se encargan de realizar el seguimiento y control a cada contratación pública que se realice en ambos países, con el fin de que se siga la normatividad vigente y cada proceso que se estipula en los manuales o estatutos de contrataciones internos y externos de cada entidad estatal.

Para Colombia existen dos tipos de entes reguladores unos se encargan del control y otros de seguimiento:

Control:

- Contraloría General de la Nación estipulado en el artículo 119 de la Constitución Política de Colombia.
- Procuraduría General de la Nación.
- Fiscalía General de la Nación.
- Congreso de la República de Colombia.

Seguimiento:

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Contaduría General de la Nación.
- Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Control interno disciplinario de Colombia Compra Eficiente.
- Control interno de gestión de Colombia Compra Eficiente.

El sistema electrónico de contrataciones del estado es SECOP II (Servicio Electrónico de Contratación Pública), establecido en la Ley 1150 de 2007 en su artículo 3:

El SECOP II es la nueva versión del SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) para pasar de la simple publicidad a una plataforma transaccional que permite a Compradores y Proveedores realizar el Proceso de Contratación en línea.

Desde su cuenta, las Entidades Estatales (Compradores) pueden crear y adjudicar Procesos de Contratación, registrar y hacer seguimiento a la ejecución contractual.

Los Proveedores también pueden tener su propia cuenta, encontrar oportunidades de negocio, hacer seguimiento a los Procesos y enviar observaciones y Ofertas.

G(SECOP II | Colombia Compra Eficiente, s.f.).

Por otro lado, Perú define su entidad reguladora en el Título VII, artículo 51 y a su vez en el artículo 52 de la Ley 30225 del 2014 a la entidad supervisora (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)).

En cuanto al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) lo establece y define en el Título V, artículo 47: “El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.” (Texto Único Ordenado de La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones Del Estado. Lima, Perú, 2014, p.22).

La importancia de estos sistemas electrónicos radica en que permiten que las contrataciones estatales evidencien el estado del proceso como el registro de los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, prorrogas, conciliaciones, entre otros; desde el momento de la planeación del contrato hasta

su liquidación. “También permite a las Entidades Estatales y al sector privado tener una comunicación abierta y reglada sobre los Procesos de Contratación.” (SECOP I | Colombia Compra Eficiente, s.f.).

7.2.3 Importancia de las Etapas y Fases de la gestión contractual

Etapas Precontractual – Fase de actos preparatorios

La importancia de esta etapa y fase de la contratación radica en la identificación de la necesidad a contratar, el estudio del mismo, buscar la viabilidad del proyecto, el establecimiento y direccionamiento de los pliegos de condiciones, para generar información técnica y económica para elegir objetivamente un contratista considerando que en esta etapa y fase se debe tener en cuenta el principio de igualdad de trato, competencia, economía, selección objetiva para una efectividad absoluta en esta primera etapa y fase de la contratación, la cual es de vital importancia en todo proceso de contratación pública.

Etapas Contractual – Fase de selección, Fase de ejecución contractual

En esta etapa se ejecuta lo pactado en el contrato y se realiza la ejecución del objeto del mismo. Es aquí, cuando es de vital importancia que el seguimiento por parte de las entidades estatales y los interventores asignados estén al pendiente de la obra, ya que es en dicho momento donde se puede presentar prorrogas, sobrecostos o distintas formas de manipular esta etapa o fase para adquirir más beneficios por parte de la entidad contratante.

A raíz de la violación de la primera etapa o fase por parte de los funcionarios públicos al modificar los pliegos de condiciones y actor preparatorios para Odebrecht, en esta etapa no se terminaron muchas de las obras según lo establecido en el contrato por escándalos con la firma brasileña y otros factores relacionados con el mismo.

Etapas Poscontractual

Esta etapa del proceso de contratación pública es importante, ya que en esta se va a liquidar el contrato siempre y cuando se hayan cumplido a cabalidad las dos etapas anteriores, de no ser así se llegaran a acuerdos y se postergara la liquidación del contrario por acuerdo de ambas partes hasta que se cumpla en su totalidad las responsabilidades y obligaciones establecidas en el contrato estatal por parte de la entidad estatal y el contratista.

Se debe agregar que, si desde un inicio de los procedimientos de contrataciones y cada una de sus etapas o fases establecidas en las distintas normas ya mencionadas, se realiza de manera idónea, objetiva y cumpliendo con todos los principios establecidos en las normas, dan como resultado la eficiencia del manejo del tesoro público de cada país. Al tener buen manejo del tesoro público la calidad de vida de los ciudadanos de cada país mejora de manera significativa, porque el dinero que deja de desviarse se puede invertir en los ciudadanos en educación, seguridad, cultura o salud. Otro beneficio claramente observable es que cuando se tiene un adecuado manejo de los recursos públicos o también llamado tesoro público no se deben crear nuevos impuestos o incrementar la tasa impositiva para recuperar el dinero desviado por manos inescrupulosas que hay en cada gobierno tanto colombiano como peruano, utilizando varios mecanismos y vacíos de las normas para la corrupción estatal.

7.3 Desarrollo objetivo 3

7.3.1 Errores normativos en el caso de Odebrecht

Teniendo en cuenta los procedimientos que se mencionan en los objetivos anteriores, los cuales se consagran en las leyes de contratación pública de cada uno de los países mencionados, se puede analizar que existieron inconsistencias en los contratos celebrados con la compañía brasileña Odebrecht.

“Todo comenzó con una serie de sobornos por parte de esta compañía a funcionarios públicos, periodistas y presidentes, estos cohechos eran denominados como (compensaciones)” (Fallos En Contratación Pública Que Aprovechó Odebrecht - Empresas - Economía, 22 de enero 2017, ELTIEMPO.COM, párr. 2)., con el fin de obtener los contratos más importantes en la construcción de infraestructuras, lo anterior lo ratifica el siguiente artículo que indica lo siguiente:

El 79,6 por ciento de los contratos del 2014 en Colombia tuvieron solo un oferente, según un estudio de la investigadora Marcela Meléndez para la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI). Y esto, según fuentes del sector de la ingeniería, es evidencia de que muchos funcionarios y contratistas aprovechan y diseñan pliegos a la medida de un determinado oferente y estructuran licitaciones con posibilidades de interpretación, aprovechando la debilidad institucional y la inseguridad jurídica (Fallos En Contratación Pública Que Aprovechó Odebrecht - Empresas - Economía, 22 de enero 2017, ELTIEMPO.COM, párr. 2).

De acuerdo con lo anterior, se puede inferir que Colombia tiene una falla en el control de los pliegos que se realizan para la selección del contratista, ya que, los pliegos

que se realizaron para dichos contratos tuvieron especificaciones únicas y directas para la multinacional brasileña, con la finalidad de que obtuvieran los contratos.

En el caso de Perú se conoce que:

Las autoridades de Odebrecht firmaron en febrero de 2019 un acuerdo de colaboración con la justicia peruana a cambio de que la empresa pudiera continuar operaciones en el país. En el documento, la constructora reconoce que pagó sobornos y realizó gestiones ilegales para obtener cuatro concesiones (El efecto dominó del ‘caso Odebrecht’ arrastra altos cargos en el Gobierno de Perú | Internacional, 13 de febrero 2020, EL PAÍS, párr. 4).

Es necesario recalcar que en la ley 30225 se mencionan unos requisitos para ser inhabilitado ⁵ en las contrataciones del estado, las cuales no se tuvieron en cuenta para la situación jurídica que surgió del caso de corrupción de Odebrecht. No obstante, la empresa brasileña para seguir realizando sus actividades cotidianas con Perú llegó a un acuerdo conforme a lo estipulado en la Ley 30737, dicha Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, indica que Odebrecht en el acuerdo declaró cada una de las personas que se veían envueltas en el acto de corrupción, con el fin de poder seguir realizando sus actividades, este acuerdo es

⁵ Ley 30225 de 2019, Título VI, Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas.

El tribunal de contrataciones del estado sanciona a los proveedores, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones:

Desistir o retirar injustificadamente su oferta. Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco. Contratar con el Estado estando impedido conforme a la ley. Subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad o un porcentaje mayor al permitido por el reglamento. Incumplir la obligación de prestar servicio a tiempo completo como residente o supervisor de obra, salvo en aquellos casos que la normativa lo permita. Ocasionar que la entidad resuelva el contrato, incluido acuerdos marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria arbitral. Presentar información inexacta a las entidades. Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al tribunal de contrataciones del Estado.

realizado por la corte superior de justicia especializada en delitos de criminalidad organizada y de corrupción de funcionarios con el expediente No. 00035-2018-2-5201-JR-PE-01.

En este país ocurrió algo similar a lo sucedido en Colombia, revela que la empresa Odebrecht realizaba procedimientos ilegales para poder obtener los contratos más importantes del estado peruano, lo realizaba con una serie de sobornos a altos funcionarios del gobierno.

Todo parece confirmar, que la compañía realizaba un pago de comisiones a funcionarios implicados para la selección de los contratistas en contratos públicos, generando así la alteración de los procedimientos que se estipulan en la Ley 30225 de 2014 para el caso de Perú y la Ley 80 de 1993 para Colombia, afectando no solo los pliegos de condiciones si no la selección de oferentes, provocando así no solo una infracción en las etapas y fases de la contratación, si no también afectando los principios de contratación y función pública que son de obligatoriedad, en especial el principio de transparencia y de económica para Colombia, y en el caso de Perú el principio de moralidad y el de eficiencia y eficacia.

El principio de transparencia fue alterado en el momento que la empresa Odebrecht realizó los sobornos a los periodistas y funcionarios públicos con el fin de generar la desigualdad en la selección de contratistas, indicando que el único que podía realizar y cumplir con lo estipulado en dichos pliegos sería la compañía brasileña, para el principio de economía fue el gasto en los recursos públicos, ya que al descubrir estos procesos ilegales por parte de los funcionarios se dio fin a los contratos generando una pérdida en los

recursos que se habían invertido para dar inicio a estas actividades y quedando así obras inconclusas, lo anterior para el caso de Colombia.

En Perú el principio de moralidad fue el más afectado en la selección de los contratistas ya que los valores, la honradez y la veracidad de la que habla este principio no fue puesta en práctica, porque con los sobornos que realizaba Odebrecht alteraba los principios con tal de obtener los contratos de los proyectos más importantes de cada país, el principio de eficiencia y eficacia al igual se alteró, ya que, al momento de descubrir estas fallas en las contrataciones no se pudo seguir con los objetivos de los contratos, dejando así sin terminar los proyectos, obteniendo así como resultado pérdidas significantes en la economía de este país.

7.3.2 Contratos celebrados por Odebrecht

Contratos celebrados en Colombia

Para el caso de Colombia los contratos más significantes en el caso de Odebrecht fueron:

1. La Ruta del Sol Sector II: Este fue uno de los contratos más importantes que tenía el país, este proyecto se trataba de la construcción de la ruta que va desde Puerto Salgar (Cundinamarca) hasta San Roque (Cesar) de este se obtuvieron una serie de denuncias por irregularidades en los contratos, se conoce que:

El segundo tramo de la Ruta del Sol es una concesión en la que participaban Odebrecht, con 62%; Grupo Aval –a través de Corficolombiana y Episol– con 33%, y el restante 5% del Grupo Solarte y es uno de los proyectos de mayor tamaño e inversión en el país, con un valor total de \$3,2 billones (troncal más otrosí), con una

extensión de 528 kilómetros y que hace parte del proyecto Ruta del Sol, que incluye 3 tramos. (La Truculenta historia detras de la Ruta del Sol 2, 08 de junio 2019, Dinero, párr. 4).

Se evidencia que la participación más alta en el contrato la tenía la compañía Odebrecht, cabe resaltar que este lo obtuvo mediante pago de sobornos, generando irregularidades en los principios de la contratación pública, provocando la desigualdad en la selección de los contratistas, al igual afectando la ética profesional y personal de cada uno de los funcionarios públicos relacionados en todo el proceso de contratación.

Lo anterior se confirma en el siguiente artículo:

A finales de 2016, la confesión del pago de coimas por parte de Odebrecht para quedarse con el proyecto y la aceptación del entonces viceministro de Transporte, Gabriel García, de haberlas recibido, generó un tsunami en el desarrollo de infraestructura en Colombia, paralizó los cierres financieros de los proyectos de Cuarta Generación (4G) y se iniciaron nuevas investigaciones, a cargo de la Fiscalía General de la Nación y de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). (La Truculenta historia detras de la Ruta del Sol 2, 08 de junio 2019, Dinero, párr. 5).

Por otro lado, se tiene conocimiento de la pérdida de recursos públicos a causa del escándalo de corrupción, donde se conoce que:

La misma Fiscalía hace un año sacó un comunicado en el que dijo que esos pagos irregulares podían llegar a \$80.000 millones. En la contabilidad estaban apareciendo valores de obra que realmente no se hicieron. Un buen ejemplo, que es conocido por la opinión pública, es el del consorcio Sión, una constructora de Sahagún que

facturó \$18.000 millones, creo, a favor de los señores Elías y Bula. Y eso aparece en la contabilidad como obra, pero claramente sabemos que no fue.). (La Truculenta historia detras de la Ruta del Sol 2, 08 de junio 2019, Dinero, párr. 8)..

Indicando que se generaban reconocimientos contables de gastos por concepto de “obras” que realmente no fueron ejecutados, los cuales fueron soportados con documentos falsos, violando el artículo 390 del Código Penal el cual señala las consecuencias de la falsificación o alteración de documentos.

Ahora bien, uno de los grandes problemas y el más importante en Colombia con respecto a este caso de corrupción fue la terminación de contrato, ya que se debatía la esencia de la terminación y los factores que implicaron en el mismo, con el fin de si aplica o no una multa. El siguiente artículo nos da a conocer cómo fue esta discusión.

Una de las principales discusiones era si se daba por nulidad o por caducidad. Y esa discusión tiene dos frentes: uno, que, en caso de nulidad, solo se pueden reconocer las obras efectivamente realizadas sin utilidades; mientras en el caso de caducidad se liquida de acuerdo a la fórmula preestablecida en el contrato y se aplica la multa correspondiente. Y el segundo frente está relacionado con los efectos que generan y las posibilidades de sanciones e inhabilidades para que los miembros de la concesión no pudieran volver a contratar con el Estado. (La Truculenta historia detras de la Ruta del Sol 2, 08 de junio 2019, Dinero, párr. 20).

A causa de esta problemática el proyecto Ruta del Sol 2 tuvo pérdidas millonarias para el estado colombiano por el mal uso de los recursos públicos, se tuvo retrasos para la entrega del proyecto mientras realizaban las investigaciones respectivas, la alteración que

se obtuvo en los procedimientos de contratación con la realización de pliegos irregulares y la violación de los principios que hacen parte de estos procedimientos, generando que los demás participantes para obtener el contrato hubiesen sido rechazados por las actividades ilegales realizadas por la compañía Odebrecht.

2. Alcantarillado Tunjuelo-Canoas-Rio Bogotá: Este proyecto trata de la construcción de un túnel para la descontaminación del río Bogotá, en este proyecto también tuvo presencia la compañía Odebrecht, se conoce que: El contrato para construir la obra por 244 mil millones de pesos aproximadamente fue celebrado en 2009, entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) y el Consorcio Canoas, conformado por las empresas CASS del grupo Solarte y Odebrecht. (Corrupción en contrato Tunjuelo-Canoas: Paola Solarte deberá devolver \$1.800 millones, 09 de diciembre 2018, Radio Santafe, párr. 3).

En este proyecto también se empezó a tener presuntas actividades de corrupción, protagonizadas por esta compañía brasileña, a diferencia de otros proyectos no se cuenta con los contratos para dar seguridad de estas actividades ilegales, para complementar esta idea en el siguiente artículo nos indica:

La investigación se inició por análisis de información contenida en la matriz de colaboración de Emilio Tapia Aldana quien informó que en el diseño, construcción y puesta en operación de un túnel para el Sistema de Alcantarillado Troncal Tunjuelo-Canoas, del río Bogotá se habrían pagado comisiones. (Corrupción en contrato Tunjuelo-Canoas: Paola Solarte deberá devolver \$1.800 millones, 09 de diciembre 2018, Radio Santafe, párr. 11).

No es confirmado en este artículo que la empresa Odebrecht hace parte de los pagos de estas comisiones, pero si se encuentra entre las empresas investigadas sobre esta actividad ilícita, al igual no solo se tiene la idea de que fueron comprados los funcionarios públicos sino que también alteraron los procedimientos de contratación como lo dice el siguiente artículo, “Tal hipótesis demostraría que el proceso de corrupción se habría iniciado desde la misma selección de contratistas que participarían en la licitación, en la manipulación de pliegos de condiciones y, en general, del proceso contractual” (Corrupción en contrato Tunjuelo-Canoas: Paola Solarte deberá devolver \$1.800 millones, 09 de diciembre 2018, Radio Santafe, párr. 13).

Con lo anterior cabe resaltar, que se tuvo la alteración en una de las etapas que hacen parte de la contratación pública y es donde se estipulan las actividades por la cual se inicia el proceso de contratación, evidenciando que fueron modificados los pliegos de condiciones con el fin de elegir a un contratante en específico.

Contratos celebrados en Perú

1. Línea 1 del Metro de Lima: Este fue uno de los proyectos más significantes para el país de Perú, en este tuvo participación la empresa brasileña Odebrecht, en este proyecto se tiene una gran pérdida en recursos públicos por las actividades ilegales que se realizaban al momento de la contratación. Se tiene conocimiento de que: El ex presidente Alan García, en este momento internado en una clínica, es investigado por colusión agravada y lavado de activos por el caso de la Línea 1 del Metro de Lima obra que la constructora brasileña Odebrecht realizó durante su segundo gobierno (2006-2011). (Las claves de Línea 1 del Metro, la obra por la que se investiga a Alan García, 17 de abril 2019, RPP Noticias, párr. 1).

En contraste con lo anterior, se da a conocer que ya se empieza a relacionar otro nuevo caso de corrupción por parte de la empresa brasileña, donde se obtuvo pagos ilícitos para poder obtener contratos con el país, se conoce que “Odebrecht reconoció a la fiscalía peruana que pagó US\$8 millones en sobornos por la licitación del Metro de Lima (Las claves de Línea 1 del Metro, la obra por la que se investiga a Alan García, 17 de abril 2019, RPP Noticias, párr. 2).

Se debe agregar que, con este proyecto tuvo un fuerte impacto en la economía peruana ya que:

El primer tramo de la línea 1 del metro de Lima fue inaugurado el 11 de julio de 2011. Este se extiende desde Villa El Salvador hasta la avenida Grau. Solo en ese tramo, la Contraloría detectó un perjuicio económico de 111 millones de dólares. El segundo tramo de la línea 1 que une a la avenida Grau con San Juan de Lurigancho tuvo una inversión de 583 millones. El contrato se inició el 28 de julio de 2011 y la obra fue inaugurada el 25 de julio de 2014.(Las claves de Línea 1 del Metro, la obra por la que se investiga a Alan García, 17 de abril de 2019, RPP Noticias, párr. 12).

Para el caso de Perú, se ve reflejado que se violaron principios como moralidad donde la honradez, veracidad, y la intangibilidad ya no están al momento de realizar el procedimiento de contratación para este proyecto, al igual el principio de publicidad se vio afectado ya que estos contratos fueron celebrados de manera secreta y con agilidad para que no fueran revisados detalladamente.

No solo se evidencia que Odebrecht sobornaba a altos funcionarios públicos, sino también se veían implicados hasta el presidente para poder obtener estos contratos.

2. Carretera Interoceánica: Este proyecto se trata de la conexión entre Perú y Brasil teniendo de intermedio al Océano Atlántico, se obtuvo información de que para obtener este contrato Odebrecht uso una de sus más usadas tácticas que es el soborno, esto fue ratificado en el siguiente artículo:

Marcelo Odebrecht, el magnate de la constructora brasileña caído en desgracia y preso por el caso Lava Jato, le confesó a la justicia norteamericana en enero pasado que su empresa pagó 20 millones de dólares en coimas para adjudicarse la construcción de la Carretera Interoceánica. Es el monto en sobornos que Odebrecht habría pagado al expresidente Alejandro Toledo por ese proyecto binacional. (Interoceánica: adendas incrementaron costo a más de US\$4 mil millones,07 de febrero 2017, America Noticias, párr.1).

En otras palabras, Odebrecht confeso que efectivamente uso el soborno para poder obtener este proyecto, ocasionando que la normativa de Perú se viera afectada para el proceso de la contratación estatal, para cubrir esos sobre costos generaban reconocimientos de gastos que no fueron reales ni obtenidos para la implementación de este proyecto.

En conclusión, se demuestra que la empresa usaba las mismas tácticas “Divisiones estructuradas” en ambos países para poder obtener estos proyectos, por medio de sobornos “comisiones” “compensaciones” y alteraciones en el pliego de condiciones para la selección del contratista, provoco que los funcionarios públicos de cada uno de estos países alteraran sus etapas y fases para el proceso de contratación pública, tolerando la mala práctica en sus principios ya que Odebrecht no actuó de manera honesta para la postulación de los contratos, busco la manera más eficiente para poder obtener los proyectos, todo

haciéndolo por debajo de cuerda sin tener en cuenta las consecuencias que esto podía traer y las pérdidas que podría ocasionarse por el retraso de estos proyectos.

Por otro lado, se pudo evidenciar que las fallas en los principios también fueron ocasionadas de manera interna en cada una de las entidades estatales, buscando la manera de cubrir gastos por medio de facturas alteradas indicando que no solo la compañía brasileña cometió actos ilícitos, sino que los funcionarios públicos no dudaban en hacer de esto algo más ilegal.

8. Conclusiones

Durante la comparación realizada a los procedimientos en la contratación estatal Colombiana frente a la del Perú se evidencia que en ambos países son eficientes, sin embargo, en cada uno de estos la normatividad sufre constantes modificaciones lo que genera inestabilidad jurídica y vacíos en los mismos, obteniendo no solo así, diferentes formas de comprensión de dichas normas e incluso ignorancia sobre la vigencia de las normas aplicable durante cierto periodo que dure antes de cada modificación, reglamentación o derogación de las normas pilares de contratación estatal.

Cabe resaltar que, la importancia en dichas leyes tiene como finalidad la objetividad en cada etapa o fase de contratación es fundamental en un país, puesto que el buen manejo del tesoro público contribuye al crecimiento social de cada país.

Sin embargo, es claro precisar que los principios nombrados en cada una de las leyes anteriormente mencionadas de cada país junto con la Constitución Política, son el pilar de las actuaciones de la función pública del Estado. Los principios mencionados en este trabajo fueron afectados por todas y cada una de las partes relacionadas con la

multinacional Odebrecht, que dio lugar a coimas a Servidores Públicos con el fin de obtener contratos billonarios en distintos países en Latinoamérica.

Es claro decir, que la consecuencia de este hecho de corrupciones realizados por esta multinacional en contra de la Administración Pública a través de la contratación estatal fue la afectación directa de los principios constitucionales de la Función Pública y los aplicables en la contratación estatal, la igualdad, la transparencia, economía, responsabilidad, buena fe, entre otros, fueron violados por servidores públicos al no acatar las normas, omitir y redirigir beneficios personales a los procedimientos para esta multinacional.

Adicionalmente, es determinante que los fines de contratación estatal en cada uno de estos países tomen mayor relevancia para todas la Entidades tanto públicas como privadas, que las personas relacionadas en los procedimientos cumplan la finalidad de esta actividad, la cual es satisfacer una necesidad de índole general y social, propendiendo una mejor oferta económica en ocasiones, pero siempre favoreciendo al Estado.

Las afectaciones a los procedimientos en la contratación estatal en su mayoría se vieron alterados, debido que las entidades estatales contratantes que tuvieron relación con el caso en mención des neutralizaron la libre competencia económica y el derecho a concurrir libremente en el proceso de selección publica que adelanto, colocando en total desventaja a los demás oferentes, manipulando así la adjudicación para que fuera así solo Odebrecht cumpliera los requisitos establecidos en los pliegos de condiciones.

Para evitar este tipo de corrupciones se debe incorporar medidas para todo el proceso precontractual y contractual sea transparente y no tenga riesgo de corrupción, la

Entidad debe establecer condiciones específicas donde se fijen compromisos y obligaciones de todas las partes relacionadas en el proceso de contratación estatal, con el fin de que se responsabilicen de la previsión de actos de corrupción enfocándose no solo en la normatividad sino en la ejecución de esos compromisos y obligaciones que es donde en gran parte de las ocasiones se presenta la perturbación de los principios estatales.

De otra parte, sería conveniente eliminar los regímenes exceptivos y que todos los oferentes cumplan con la normativa a cabalidad.

Desde el punto de vista operativo, en Colombia se utiliza la plataforma SECOP en donde los oferentes suben la información requerida para ofertar, entre otros, los contratos realizados y allí es importante que se verifique la ejecución de los mismos con el fin de que el ente de control pueda con certeza verificar el cumplimiento que ha tenido el oferente en los diferentes contratos suscritos.

Con respecto al proceso ético, cada uno de los actores debería observar los principios que la misma ley 80 establece y poder generar la transparencia requerida redundando en el bienestar de la comunidad en general.

Finalmente en el caso de estudio se determinó, que la normatividad de ambos países busca la lucha y prevención de corrupción es amplia y bien dirigida, el fundamental problema está en su ámbito de aplicación por las partes relacionadas en la contratación estatal, pues las leyes expedidas por cada legislador se han preocupado por redactar métodos y actividades por las cuales al interior de las entidades se da corrupción, pero de estas mismas se debe buscar la forma de ser socializadas y aplicadas en la gestión de riesgos de cada entidad con más rigurosidad.

9. Referencias

- ¿Qué es corrupción? - *Transparencia por Colombia*. (n.d.). Retrieved May 15, 2020, from <https://transparenciacolombia.org.co/2019/08/27/corrupcion/>
- C-300-12, 45 (2012).
- Castaño, N. G. (2018). Estudio de caso: Odebrecht. 1–39.
https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/12940/Natalia_GuzmánCastaño_2018.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Colombia Compra Eficiente. (n.d.). *Síntesis : 1. Etapa precontractual: Principios de la contratación estatal | Colombia Compra*. Retrieved May 4, 2020, from <https://sisntesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/1-etapa-precontractual-principios-de-la-contratacion-estatal>
- Congreso de Perú. (2019). *Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Publicado el 13 de Marzo de 2019)*. Lima, Perú.
- Constitucion politica de colombia 1991 preambulo el pueblo de colombia, 108 (1991).
- Constitución Política de Perú 1993, (2003).
- Corrupción en contrato Tunjuelo-Canoas: Paola Solarte deberá devolver \$1.800 millones*. (2018).
- Cruz, R. (2018). Latinoamérica: Así era My Web Day, el software de Odebrecht con información de los sobornos | NOTICIAS EL COMERCIO PERÚ. *El Comercio*.
<https://elcomercio.pe/mundo/latinoamerica/my-web-day-software-odebrecht-informacion-sobornos-noticia-571724-noticia/>
- Decreto 1082, Decreto 1082 22 (2015). <https://doi.org/10.1111/j.0954-6820.1937.tb03385.x>
- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (2020). *Manual de contratación*.
- ‘Drousys’, *el sistema de comunicación de las coimas de Odebrecht : País : La Hora Noticias de Ecuador, sus provincias y el mundo*. (2017, October 17).
<https://www.lahora.com.ec/noticia/1102107511/drousys-el-sistema-de-comunicacion-de-las-coimas-de-odebrecht>
- Durand, F. (2018). *Odebrecht - La empresa que capturaba gobiernos*, Lima, Perú, (Fondo Edit). octubre de 2018.
- El efecto dominó del ‘caso Odebrecht’ arrastra altos cargos en el Gobierno de Perú | Internacional | EL PAÍS*. (2020).
- Fallos en contratación pública que aprovechó Odebrecht - Empresas - Economía - EL TIEMPO.COM*. (n.d.). Retrieved May 7, 2020, from <https://www.eltiempo.com/economia/empresas/fallos-en-contratacion-publica-que-aprovecho-odebrecht-30244>

- Historia | Odebrecht.* (s.f.). Retrieved July 29, 2020, from <https://www.odebrecht.com/es/organizacion-odebrecht/historia>
- Índice de Percepción de la Corrupción 2018 - Transparencia por Colombia.* (n.d.). Retrieved May 15, 2020, from <https://transparenciacolombia.org.co/2019/01/29/resultados-ipc-2018/>
- Interoceánica: adendas incrementaron costo a más de US\$4 mil millones | America Noticias.* (2017).
- La Truculenta historia detras de la Ruta del Sol 2.* (2019).
- Las claves de Línea 1 del Metro, la obra por la que se investiga a Alan García | RPP Noticias.* (2019).
- Ley 1474 de 2011, 2011 Diario Oficial (2011). <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjurMantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=50959>
- Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratacion), 1 (1993).
- Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación), 2012 1 (1993).
- Ley 1150 de 2007, 2007 1 (2007).
- Martínez, E. E., & Ramírez, J. M. (2006). La corrupción en la contratación estatal colombiana -una aproximación desde el neoinstitucionalismo-. *Reflexión Política*, 8(15), 148–162. <http://revistas.unab.edu.co/index.php?journal=reflexion&page=article&op=view&path%5B%5D=622&path%5B%5D=598>
- Ministerio de Relaciones Exteriores, & Ministerio de Transporte. (2014). *Régimen Contractual en Colombia*. 19. <http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/DocEstrategicos/ABCCContratacion.pdf>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. (2012). *Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante D.L. N° 1017 y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF. 064.* https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf
- Rodriguez U, M. L. (n.d.). *METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN | GUÍA DE TESIS.* Retrieved May 27, 2020, from <https://guiadetesis.wordpress.com/category/metodologia-de-la-investigacion/>
- SECOP I | Colombia Compra Eficiente.* (n.d.). Retrieved May 24, 2020, from <https://www.colombiacompra.gov.co/secop/secop-i>
- SECOP II | Colombia Compra Eficiente.* (n.d.). Retrieved May 23, 2020, from <https://www.colombiacompra.gov.co/ciudadanos/preguntas-frecuentes/secop-ii>
- Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (Publicado el 13 de Marzo de 2014). Lima, Perú, El Peruano (2014).

Transparency International. (2018). *ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN 2018*. 16.

Vásquez Cárdenas, A. V., & Montoya Brand, M. (2011). Corrupción, lucha anticorrupción y formas de gobierno hacia la búsqueda del concepto corrupción. *Estudios de Derecho*, 68(152), 226–253.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6766684>